

Revista

do Tribunal Regional Federal da Primeira Região
v. 29 n. 7/8 julho/agosto 2017

ISSN 0103-703-X

| | | | | | |
|---------|----------|-------|--------|----------|-------------------|
| R. TRF1 | Brasília | v. 29 | n. 7/8 | p. 1/266 | julho/agosto 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
Ítalo Mendes
João Batista Moreira
Jirair Aram Meguerian
Olindo Menezes
Mário César Ribeiro
Cândido Ribeiro
Carlos Moreira Alves
José Amílcar 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 Contemporâneo* – 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 julho/agosto de 2017, apresenta-nos artigos jurídicos de elevado nível científico, a saber: I – *Tutela jurídico-constitucional do ecossistema familiar no contexto do desenvolvimento sustentável*, das advogadas e mestrandas em Direito pela Universidade Católica de Brasília, Ana Cecília Caldas Cardozo e Brenda Guedes de Farias de Oliveira, sob nossa orientação científica, na inteligência de que o jurista Ruy Barbosa de Oliveira já visualizava “*a família como um autêntico ecossistema social, divinamente constituído, tendo por elementos orgânicos a honra, a disciplina, a fidelidade, a benquerença e o sacrifício, feito uma harmonia instintiva de vontades, uma desestudada permuta de abnegações, um tecido vivente de almas entrelaçadas, sob o mesmo plasma, a mesma substância nervosa e a mesma circulação sanguínea, com a fórmula sublime que Cristo lhe dera: diliges proximum tuum sicut te ipsum*”. E, neste visor, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que a família é a base da sociedade, a merecer especial proteção do Estado (CF, art. 226, *caput*), que lhe assegurará assistência na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, garantindo à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF, art. 227, *caput*), amparando, assim, nesse contexto ecossistêmico, as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar, com a garantia de sua participação na comunidade e de seu direito fundamental à vida (CF, art. 230, *caput*). II – *O estabelecimento da filiação na lei de procriação medicamente assistida portuguesa*, da Juíza Federal, Professora e mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa – UAL, Carina Cátia Bastos de Senna, na conclusão de que “*a partir da ação de técnicas de procriação medicamente assistida, casais que, até então, por terem alguma dificuldade em procriar de forma natural, não conseguiam ter filhos e, agora, utilizando-se, inclusive, de terceiros doadores de sêmen e ovócitos, por exemplo, conseguem a tão sonhada maternidade/paternidade, através de um processo reprodutivo artificial, fazendo com que axiomas absolutos, como a regra ‘mater semper certa es’, sejam questionados e relativizados*”, como assim no Direito Civil português, que possui lacunas nesse contexto. III – *A responsabilidade civil por acidentes de carros autônomos: uma análise sob a ótica das smart cities*, de Lucas do Monte Silva, acadêmico do curso de Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), no raciocínio conclusivo de que “*a criação de uma nova tecnologia, por demais disruptiva que seja, como ocorre no caso dos carros autônomos, pressupõe a necessidade de suporte no que se refere à infraestrutura (condições urbanas para a circulação dos veículos), sistema legal (permissão da circulação e todos os aspectos relativos às colisões, por exemplo), apoio político (serão necessárias diversas políticas públicas para uma adequação das cidades a esse tipo de carro), aceitação social (as pessoas, além de terem condições de comprar os veículos, devem confiar na segurança e controle do sistema veicular), dentre outros diversos fatores que serão necessários para a implementação e popularização dos carros autônomos, tanto no Brasil como em outros diversos países.*” IV – *Responsabilidade civil dos provedores de internet e a proteção da imagem*, do Professor, Mestre, Doutor e Pós-Doutor em Direito Civil e Juiz Federal, Leonardo Estevam de Assis Zanini, em

considerações conclusivas, no sentido de que “no Brasil o Marco Civil da Internet estabeleceu um regime de responsabilização privilegiada dos provedores. Em outros países, diferentemente do nosso País, não é necessário aguardar a ordem judicial e seu descumprimento para a ocorrência de responsabilidade civil do provedor. Esse é, sem dúvida, um dos pontos mais polêmicos da Lei 12.965/2014. Os provedores deveriam, em uma primeira análise da temática, ser responsabilizados a partir do momento em que tomam ciência da existência de conteúdo evidentemente ilícito, particularmente imagens, e não tomam as providências para a sua remoção. Outrossim, mesmo mantendo esse regime de responsabilização privilegiada, talvez as situações excepcionadas poderiam ser ampliadas, abrangendo, de forma geral, a tutela de direitos da personalidade, no que incluiria o direito à imagem. De qualquer modo, ainda que nesse ponto o Marco Civil da Internet pareça não ter andado bem, deixando de proteger adequadamente os direitos da personalidade, em contrapartida é certo que há maior preocupação com o direito à informação e com a liberdade de expressão. Em todo caso, resta-nos aguardar a solução de casos concretos pelo Judiciário para podermos avaliar se as alterações realizadas serão, na prática, positivas ou negativas.” V – Justiça Federal: evolução histórico-legislativa – A trajetória em seus 50 anos, do Juiz Federal, Mestre e Doutor Alexandre Vidigal de Oliveira, na exposição-síntese de que “o dia 23 de maio de 2017 marca os 50 anos do início do funcionamento da Justiça Federal, o que se dá com a instalação definitiva e oficial da Seção Judiciária do Distrito Federal, após ter sido a Justiça Federal extinta pela Constituição Federal de 1937 e recriada em 27 de outubro de 1965, pelo Ato Institucional 2. Rememorando sua trajetória histórico-legislativa, a Justiça Federal remonta aos tempos da proclamação do Estado Republicano, ainda no Governo Provisório, o qual, amparando-se na Constituição Provisória da República, publicada com o Decreto 510, de 22/06/1890, expediu o Decreto 848, de 11/10/1890, tratando da criação, organização, composição e competência daquele órgão judiciário e instituindo o processo federal. Daquela origem da denominada Justiça Federal tem-se que fora instaurado, em realidade, o próprio Poder Judiciário da União. [...] Nessa trajetória de seus 50 anos, em que se fez bastante expressivo o crescimento estrutural da Justiça Federal, o seu quadro atual apresenta os seguintes dados: 981 varas federais; 71 turmas recursais; 5 turmas regionais de uniformização; 2.301 magistrados, sendo 165 desembargadores federais, 1.413 juízes federais e 723 juízes federais substitutos.” VI – O direito de ser bem acusado, ou nem tudo pode numa acusação, do Desembargador Federal e Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Néviton Guedes, na compreensão racional de que “ninguém tem o desejo e muito menos a pretensão de ser acusado. Por isso, a afirmação de que o indivíduo tem o direito a uma boa acusação poderá — para muitos — encerrar verdadeiro paradoxo. Entretanto, superada a surpresa inicial, o fato é que, se ainda somos uma sociedade governada por leis e não pelo humor da opinião pública, facilmente se conclui que, na nossa ordem constitucional, existe um inquestionável direito fundamental a uma acusação justa, o que implica dizer: uma acusação precisa, quanto à narração dos fatos, ser coerente quanto a sua conclusão (pedido) e, além de tudo, juridicamente fundamentada. Mais do que isso, também o Judiciário não está livre, nas decisões que profere, especialmente, em caso de condenação, de demonstrar que a conclusão de seu raciocínio manteve absoluta congruência com os fundamentos, as provas e o pedido como realmente foram deduzidos pelo autor da demanda inicial e, ainda mais importante, em total

respeito e consideração pelo que, no curso do processo, foi submetido ao crivo do contraditório e defesa do acusado.”

No valioso acervo jurisprudencial desta edição, destaca-se, em defesa da vida das presentes e futuras gerações, sobretudo, a garantir o mínimo existencial-ecológico das comunidades indígenas Xikrin e Kayapó, na região amazônica, em face das atividades minerárias e agressoras do Empreendimento Onça Puma da multinacional Vale S/A, no Estado do Pará, a relevante decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do segundo AgReg na Suspensão de Liminar 933/PA, com data de 31/05/2017, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, acompanhado por sólidos e brilhantes votos de seus pares, confirmando decisão liminar de minha relatoria nos autos do Agravo de Instrumento 0027838-88.2016.4.01.0000, perante o TRF 1ª Região, onde determinei a imediata suspensão das atividades minerárias agressoras do meio ambiente natural e dos ecossistemas sócioambientais dos referidos povos indígenas, em respeito aos princípios da precaução e da prevenção, devendo a empresa responsável pelos danos já causados efetuar o depósito de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por aldeia impactada, a merecer especial destaque as letras do lúcido voto-vista do Ministro Roberto Barroso, nos tópicos seguintes: *“Conforme destacado pela Procuradoria-Geral da República, há indícios de descumprimento pela Vale S/A de medidas preventivas, mitigadoras e compensatórias previstas na licença ambiental. Ademais, em juízo mínimo de deliberação, há evidências de que a atividade de mineração tem causado graves danos às comunidades indígenas, tais como: (i) a contaminação das águas do rio Cateté com metais pesados, o que afeta o principal recurso hídrico das aldeias; (ii) enfermidade ocasionadas pelo consumo de água contaminada (e.g.: angioedemas deformantes, lesões dermatológicas e cefaleias), doenças não registradas nas comunidades antes do início das atividades minerárias; e (iii) aumento anormal de casos de malformação e deficiências congênitas em recém-nascidos das aldeias indígenas. Ainda que esses indícios não sejam posteriormente confirmados no curso da ação civil pública, são suficientes para, com fundamento no princípio da precaução, justificar a suspensão da atividade minerária pelas instâncias ordinárias.[...] Portanto, voto pelo restabelecimento do depósito mensal às aldeias indígenas, seja porque já expirado o prazo de 120 (cento e vinte) dias fixado na decisão recorrida, seja porque a decisão, nesse ponto, foi além do expressamente pedido pelo Estado do Pará. Quanto à suspensão da atividade, por aplicação do princípio da precaução, voto pelo restabelecimento da decisão do TRF da 1ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento 0042106-84.2015.4.01.0000, cabendo aos interessados demonstrar, no juízo próprio, o atendimento das exigências ambientais e a ausência de danos para as comunidades indígenas.”*

Desembargador Federal Souza Prudente
Diretor da Revista TRF 1ª Região



Artigos Doutrinários.....25

Tutela jurídico-constitucional do ecossistema familiar no contexto do desenvolvimento sustentável, **25**

Ana Cecília Caldas Cardozo e Brenda Guedes de Farias de Oliveira

O estabelecimento da filiação na lei de procriação medicamente assistida portuguesa, **32**

Carina Cátia Bastos de Senna

A responsabilidade civil por acidentes de carros autônomos: uma análise sob a ótica das *smart cities*, **45**

Lucas do Monte Silva

Responsabilidade civil dos provedores de internet e a proteção da imagem, **53**

Leonardo Estevam de Assis Zanini

Justiça Federal: evolução histórico-legislativa – A trajetória em seus 50 anos, **69**

Alexandre Vidigal de Oliveira

O direito de ser bem acusado, ou nem tudo pode numa acusação, **78**

Néviton Guedes

Inovações Legislativas.....81

Lei 13.466, de 12/07/2017.

Lei Complementar 160, de 07/08/2017.

Medida Provisória 785, de 06/07/2017.

Medida Provisória 789, de 25/07/2017.

Medida Provisória 790, de 25/07/2017.

Medida Provisória 791, de 25/07/2017.

Medida Provisória 792, de 26/07/2017.

Medida Provisória 793, de 31/07/2017.

Decreto 9.094, de 17/07/2017.

Decreto 9.098, de 18/07/2017.

Decreto 9.101, de 20/07/2017.

Decreto 9.108, de 26/07/2017.

Decreto 9.109, de 27/07/2017.

Decreto 9.112, de 28/07/2017.

Julgados de Questões Processuais Relevantes.....85

Amparo assistencial. Pessoa portadora de distúrbio mental qualificada como *inválida*. Obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, 85

Apelação Cível 0062947-61.2009.4.01.9199/GO

Relator: Juiz Federal Pompeu de Sousa Brasil

Nomeação de membro do Ministério Público Federal para o Conselho Penitenciário do Estado de Roraima. Presos provenientes da Justiça Federal. Questões de natureza administrativa, 85

Numeração única: 0001778-55.1997.4.01.4200

Conflito de Competência 1997.42.00.001781-0/RR

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Crimes de contrabando. Fases distintas. Inquérito policial e ação penal. Conjuntura fática das investigações. Recomendação de análise por um mesmo juízo. Prevenção, 86

Conflito de Competência 0062732-90.2016.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Princípio da *perpetuatio jurisdictionis*. Inaplicabilidade. Competência do juízo que exerce jurisdição no local dos fatos narrados na denúncia, 86

Conflito de Competência 0023253-56.2017.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Multa no caso de descumprimento da ordem de quebra de sigilo telemático. Limite da impetração. Obrigação da empresa provedora de internet de fornecer os dados requeridos pela autoridade judicial. Sanção pecuniária, 86

Mandado de Segurança 0002854-06.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Revisão criminal. Formação de quadrilha. Sentença condenatória contrária ao texto expresso da lei penal. Inexistência de novas provas de inocência do condenado, 87

Revisão Criminal 0030094-38.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Sentença penal condenatória. Perdimento de bens em favor da União, 88

Mandado de Segurança Criminal 0068339-55.2014.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Sequestro/bloqueio de bens e valores. Indeferimento de pedido de liberação do excesso em relação ao valor do dano constante de sentença condenatória. Perdimento solidário de bens. Impertinência. Violação a direito líquido e certo dos impetrantes, 89

Mandado de Segurança Criminal 0018072-74.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Ação de busca e apreensão de menor. Foro do domicílio do detentor da criança. Alteração no decorrer da ação, 90

Conflito de Competência 0020706-43.2017.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Responsabilidade civil. Instituição bancária. Transferência de recursos de conta-corrente por procurador, 90

Embargos Infringentes 0047254-95.2013.4.01.9199/BA

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

Direito fundamental à saúde. Fornecimento de medicamento. Tratamento contínuo. Conteúdo econômico baixo, 90

Conflito de Competência 0072191-19.2016.4.01.0000/AM

Relator: Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves (convocado)

Execução e ação anulatória. Conexão. Ajuizamento da ação anulatória anteriormente à propositura da execução. Especialização do juízo da execução, 91

Conflito de Competência 0024330-03.2017.4.01.0000/MT

Relator: Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado)

Aposentadoria. Descumprimento de mandado de injunção. Reclamação. Competência do Supremo Tribunal Federal. Inadequação da via eleita, 91

Apelação Cível 0009949-82.2011.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

Aposentadoria especial. Mandado de injunção. Regras do RGPS aplicadas ao servidor público. Art. 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, 92

Apelação em Mandado de Segurança 0001228-62.2012.4.01.3900/PA

Relator: Desembargador Federal Carlos Augusto Pires Brandão

Estupro de vulnerável. Crime praticado contra índia menor de idade. Competência, 93

Recurso em Sentido Estrito 0000493-47.2016.4.01.3202/AM

Relator: Juiz Federal George Ribeiro da Silva (convocado)

Furto. Extinção da punibilidade em razão da coisa julgada. Fato objeto de apreciação perante a Justiça Estadual que condenou o réu e considerou o furto noticiado nestes autos para aplicar a causa de aumento pela continuidade delitiva, 93

Numeração única: 0000528-30.2010.4.01.4200

Apelação Criminal 2010.42.00.000133-5/RR

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

Sindicato. Legitimidade ativa. Relação de substituídos. Limitação territorial. Alcance subjetivo da sentença. Extinção do processo sem análise de mérito. Sentença anulada. Retorno dos autos à origem, 94

Apelação Cível 0002308-51.2013.4.01.3310/BA

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

Impossibilidade de análise e valoração do material probatório colhido. Inexistência de autoridade com prerrogativa de foro na qualidade de investigada nos autos do inquérito policial, 94*Habeas Corpus* 0032186-18.2017.4.01.0000/PI

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. Possibilidade. Restrição de contato com demais corréus e seus familiares. Medidas cautelares suficientes. Condições pessoais favoráveis, 95*Habeas Corpus* 0034045-69.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

Crime de corrupção ativa praticado por um agente. Inexistência de conexão com crimes de competência da Justiça Federal praticados por vários agentes, 97

Recurso em Sentido Estrito 0002817-78.2015.4.01.3902/PA

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Acordo administrativo para pagamento de precatório com desconto. Ausência de violação à ordem cronológica de precatórios. Ausência de dano ao Erário e de maltrato aos princípios da Administração, 97

Numeração única: 0015398-60.2007.4.01.3400

Apelação Cível 2007.34.00.015490-9/DF

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Seringueiros. Ação de indenização por danos morais e materiais contra Estado estrangeiro por pessoa estabelecida em território nacional. Competência revisora do Superior Tribunal de Justiça, 98

Apelação Cível 0006847-54.2012.4.01.3000/AC

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Demolição de benfeitorias. Área de proteção permanente. Danos ambientais. Desnecessidade. Citação do cônjuge, 99

Apelação Cível 0006000-66.2015.4.01.3802/MG

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Execução fiscal. Penhora sobre o faturamento da empresa. Excepcionalidade, 99

Agravo de Instrumento 0006269-94.2017.4.01.0000/MG

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Ajuizamento de execução contra devedor já falecido. Ilegitimidade passiva. Alteração do polo passivo da execução para constar o espólio. Impossibilidade. Processo extinto no Tribunal, de ofício, sem resolução do mérito, 100

Apelação Cível 0041846-94.2011.4.01.9199/BA

Relator: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)

Execução fiscal. Penhora de imóvel. Processamento da recuperação judicial deferido. Falência decretada. Bem arrematado. Depósito judicial. Incompetência do juízo de falência. Remessa dos autos ao juízo competente. Revogação da decisão que decretou a falência. Manutenção da decisão que determinou o processamento da recuperação judicial. Decisão agravada que determina a remessa do produto da arrematação do bem imóvel para o juízo universal da falência, 100

Agravo de Instrumento 0002456-93.2016.4.01.0000/GO

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Cumprimento individual de sentença de ação coletiva contra a União. Competência. Foro do Distrito Federal, 100

Agravo de Instrumento 0074046-33.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova

Ação anulatória. Art. 486 do CPC/1973. Inaplicabilidade. Devido processo legal. Trânsito em julgado. Inexistência de sentença meramente homologatória. *Querela nullitatis*. Documentos novos. Inexistência. Peças já apreciadas na ação que se busca anular. Conluio entre advogado de uma parte e ex-funcionário da outra parte. Inexistência de atuação direta do ex-funcionário no processo. Questão discutida em ação civil de improbidade administrativa. Recebimento da ação como rescisória. Princípio da fungibilidade. Impossibilidade. Erro grosseiro, 101

Numeração única: 0061828-02.2009.4.01.3400

Apelação Cível 2009.34.00.040877-6/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Audiência. Limitação do número de testemunhas. Necessidade de justificativa de imprescindibilidade das testemunhas a serem ouvidas por carta rogatória, 102

Habeas Corpus 0029587-09.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Funcionamento de linha de transporte rodoviário. Ampliação de autorização das operações. Impossibilidade, 123

Tutela Cautelar Antecedente 0013081-55.2017.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Construção de bens diversos daqueles já delimitados em decisões anteriores. Impossibilidade, 126

Agravo de Instrumento 0042026-86.2016.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)

Audiência de inquirição de testemunha. Pedido de dispensa antes da audiência. Inexistência de ameaça concreta e fundada que justifique o pedido, 127*Habeas Corpus* 0034270-89.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

Jurisprudência Diferenciada — Julgados em Defesa da Vida.....131**Servidor público federal. Concurso público para cargo estadual. Curso de formação. Afastamento do cargo efetivo federal com remuneração. Ulterior posse/exercício no novo cargo, 131**

Mandado de Segurança 0058117-62.2013.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

Servidor público federal. Demissão por desídia. Irregularidades formais. Má-fé não configurada. Incidência dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Direito a reintegração, 132

Numeração única: 0011526-27.1999.4.01.3300

Embargos Infringentes 1999.33.00.011526-9/BA

Relator: Desembargador Federal Carlos Augusto Pires Brandão

Bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira. Presunção de suspeição de auditores fiscais no Carf, 133

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0008087-81.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova

Pensão por morte. Cônjuge/companheira. Primeiro pedido administrativo indeferido. Posterior reconhecimento de união estável, com efeitos *ex tunc*. Cobrança de valores atrasados retroativos à data do óbito, 133

Apelação Cível 0071358-49.2016.4.01.9199/MG

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

Servidor público. Avaliação de desempenho em estágio probatório insatisfatória. Inobservância de formalidades legais. Ação judicial de anulação. Reintegração após longo prazo. Dano moral configurado, 134

Apelação Cível 0001650- 13.2006.4.01.3200/AM

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

Benefício assistencial. Cancelamento irregular. Necessidade de avaliação socioeconômica recente e observância do devido processo legal. Legitimidade ativa do MPF. Ilegitimidade ativa da União. Adequação da via eleita, 135

Apelação Cível 0000327- 66.2004.4.01.4000/PI

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

Militar. Promoção. Quadro Feminino de Graduados. Inexistência de violação ao princípio da isonomia. Carreiras distintas, 136

Numeração única: 0034878-90.2004.4.01.3800

Apelação Cível 2004.38.00.035052-7/MG

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

Servidor público. Gratificação. Ativos x inativos/pensionistas. Paridade. Isonomia, 137

Apelação Cível 0012909-25.2008.4.01.3300/BA

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

Servidor público. Redução da jornada de trabalho sem compensação de horário. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. Status de direito fundamental. Filho deficiente. Autismo, 138

Agravo de Instrumento 0029752-90.2016.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

Restabelecimento de benefício de amparo social à criança portadora de deficiência em situação de risco social, 139

Apelação Cível 0000383-65.2017.4.01.9199/MG

Relator: Desembargador Federal Francisco Neves da Cunha

Pensão por morte de servidor público federal. Concubinato com posterior morte da primeira esposa. Configuração de união estável, 139

Numeração única: 0011151-39.2003.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 2003.38.00.011137-6/MG

Relator: Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado)

Pensão estatutária. Cônjuge supérstite. Separação de fato. Ação de divórcio litigioso transitada em julgado antes do óbito. Cessaçao da dependência econômica presumida. Ausência do direito a alimentos, 140

Numeração única: 0002985-39.2008.4.01.3801

Apelação Cível 2008.38.01.002992-6/MG

Relator: Desembargador Federal João Luiz de Sousa

Servidor público inativo/pensionista. Gratificações. Extensão. Limitação temporal, 141

Apelação Cível 0000721-77.2011.4.01.3305/BA

Relator: Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado)

Servidora pública. Pensão por morte. Companheiro. Comprovação da existência da entidade familiar. Direito de preferência em relação aos genitores, 143

Numeração única: 0034043-68.2005.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 2005.38.00.034399-1/MG

Relator: Desembargador Federal João Luiz de Sousa

Prisão preventiva devidamente fundamentada na garantia da ordem pública. Ineficácia das medidas cautelares diversas da prisão, 144

Habeas Corpus 0030940-84.2017.4.01.0000/PI

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Patrimônio cultural brasileiro. Iphan. Preservação. Cadastramento nacional. Legalidade. Dano de âmbito nacional. Competência jurisdicional. Código de Defesa do Consumidor, 145

Numeração única: 0038984-27.2006.4.01.3800

Apelação Cível 2006.38.00.039883-4/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Área de fronteira. Acordo internacional (Brasil e Venezuela). Ocupação e edificação em área *non aedificandi*. Inobservância da área. Ilegalidade da construção, 146

Numeração única: 0002307-64.2003.4.01.4200

Apelação Cível 2003.42.00.002306-1/RR

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Morte causada por colega de farda. Exercício do serviço militar obrigatório. Responsabilidade civil do Estado, 147

Numeração única: 0006925-04.2006.4.01.3600

Apelação e Reexame Necessário 2006.36.00.006926-0/MT

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer. Ressarcimento de tratamento médico. Emergência. Obrigatoriedade, 148

Numeração única: 0023697-80.2008.4.01.3500

Apelação/Reexame Necessário 2008.35.00.023914-7/GO

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

Empreendimento hidrelétrico. Critério para escolha do projeto básico para implantação de pequena central hidrelétrica, 148

Agravo de Instrumento 0058804-34.2016.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

Plano de saúde. Exame não incluído na lista de procedimentos da Agência Nacional de Saúde. Necessidade do exame para acompanhamento da doença. Danos morais, 149

Apelação Cível 0013175-56.2015.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

Comunidade indígena. Identificação e demarcação das terras tradicionalmente ocupadas. Suspensão do procedimento demarcatório. Violação aos princípios da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Não ocorrência, 149

Agravo de Instrumento 0003128-72.2014.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Ação possessória. Oposição. Imóvel de propriedade da União. Ocupação por particular. Ato precário. Cancelamento fundado em interesse público. Observância das normas legais de regência, 150

Apelação Cível 0070544-76.2013.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves (convocado)

Taxa de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde. Planos de saúde, 150

Numeração única: 0010253-85.2006.4.01.3811

Apelação Cível 2006.38.11.010268-3/MG

Relator: Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves (convocado)

Programa de Garantia da Atividade Agropecuária (Proagro). Adesão. Cobertura. Pacto acessório. Perda da safra. Indenização devida, 150

Numeração única: 0002482-19.1992.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 92.00.02489-0/DF

Relator: Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves (convocado)

Concurso público para provimento de cargos de juiz federal. Momento para comprovação do preenchimento do requisito relativo aos três anos de prática jurídica, 151

Apelação Cível e Reexame Necessário 0020981-72.2016.4.01.3800/MG

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

Concurso público. Vagas destinadas a candidatos negros. Previsão editalícia de análise da veracidade da autodeclaração. Eliminação da candidata. Prevalência do princípio da razoabilidade, 151

Agravo de Instrumento 0068876- 80.2016.4.01.0000/PI

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Tratamento médico. Princípio da descentralização do SUS. Responsabilidade solidária, 152

Apelação Cível 0012544-67.2015.4.01.3803/MG

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Manutenção e preservação de bem tombado. Omissão do Poder Público. Antecipação da tutela. *Astreintes*. Legitimidade, 153

Agravo de Instrumento 0049711-18.2014.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Fisioterapeuta com especialidade em Acupuntura. Restrição ao campo de atuação. Ofensa ao princípio da legalidade e do livre exercício profissional, 154

Numeração única: 0002477-80.2009.4.01.3600

Apelação/Reexame Necessário 2009.36.00.002477-5/MT

Relator: Juiz Federal Eduardo Moraes da Rocha (convocado)

Imposto de Renda Pessoa Física. Isenção. Neoplasia maligna. Contemporaneidade dos sintomas. Desnecessidade, 154

Apelação Cível 0004922-30.2012.4.01.4000/PI

Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses

Política tarifária. Encargos de Serviços de Sistema – ESS. Reserva legal, 155

Apelação Cível 0043102-67.2015.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado

Embargos à execução fiscal. Imposto de Renda. Portador de visão monocular. Isenção, 155

Apelação Cível 0021448-13.2014.4.01.3900/PA

Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses

Operadora de plano privado de assistência à saúde. Registro no Conselho Regional de Medicina. Exigência feita pela ANS para autorização de funcionamento. Restabelecimento do registro. Recusa. Ilegalidade do ato, 156

Apelação/Reexame Necessário 0002072-61.2015.4.01.3300/BA

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

Fornecimento pelo Estado de medicamentos não contemplados no Programa de Medicamentos Excepcionais. Suspensão, em todo território nacional, dos processos pendentes, individuais e coletivos, que versem sobre a questão, 157

Agravo de Instrumento 0027432-33.2017.4.01.0000/MG

Relatora: Juíza Federal Maria da Penha Gomes Fontenele Meneses (convocada)

Empresa de energia elétrica. Prejuízos causados pela diferença entre o preço do combustível adquirido no mercado e o valor de reembolso pago pela Aneel, 158

Agravo de Instrumento 0072219-84.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Fornecimento de medicamentos para tratamento de saúde, 166

Agravo de Instrumento 0030468-83.2017.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Construção de mil unidades residenciais. Realização de obras de reforma, recuperação, drenagem e esgoto. Descumprimento de acordo, 169

Agravo de Instrumento 0032734-43.2017.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

Legalidade da imposição isonômica do Coeficiente de Adequação de Preços (CAP) sobre medicamento, 170

Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0033430-79.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Descumprimento de sentença arbitral estrangeira. Arresto do minério de ferro, em substituição ao minério de crome, 173

Agravo de Instrumento 0003670-85.2017.4.01.0000/AP

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Setor energético. Onerosidade excessiva do contrato. Atos supervenientes. Não incidência de efeitos de decisões judiciais proferidas em processos judiciais de terceiros estranhos à relação processual, 175

Agravo de Instrumento 0032472-93.2017.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves (convocado)

Processo de licitação. Irregularidades. Pedido de exclusão da lide diante de ilegitimidade passiva, 176

Numeração única: 0030000-22.2017.4.01.0000

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

Proibição de visitas íntimas e sociais a preso em penitenciária federal de segurança máxima. Sanção de natureza coletiva vedada em lei, 179

Agravo de Instrumento 0035169-87.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Servidor público. Observância do teto constitucional remuneratório, 180

Agravo de Instrumento 0003019-87.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Inclusão de procedimento cirúrgico no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Elevado custo financeiro. Graves lesões às ordens pública, econômica, e à saúde pública. Interferência no poder regulamentador da ANS, 184

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0030184-75.2017.4.01.0000/PI

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Contratos temporários da União referentes aos servidores do Distrito Sanitário Especial Indígena do Amapá e Norte do Pará (DSEI/AP). Atendimento do serviço de saúde indígena. Situação excepcional e emergencial, 190

Apelação Cível 0008768-73.2011.4.01.3100/AP

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Participação no rateio da inadimplência no Mercado de Curto Prazo (MCP). Ônus financeiro. Valores do *Generation Scaling Factor* (GSF) sobre os geradores hidroelétricos. Afastamento de sanções, 190

Agravo de Instrumento 0020976-67.2017.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado)

Regular exercício das atividades de côsul-adjunto em Santa Cruz de la Sierra. Ministério das Relações Exteriores e Consulado Geral do Brasil, 200

Agravo de Instrumento 0019381-33.2017.4.01.0000

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Fornecimento gratuito do medicamento para doença crônica, 203

Apelação Cível 0008126-26.2014.4.01.3802/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Exploração do aeroporto de Tucuruí/PA. Eletronorte e União. Interesse público, 205

Agravo de Instrumento 0036211-74.2017.4.01.0000/PA

Relator: Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado)

Jurisprudência Especializada — Julgados em Defesa da Vida das Presentes e Futuras Gerações.....207

Carta escrita pelo Papa Francisco, 209

Suspensão de Liminar. Excepcionalidade, 211

Segundo Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 933/PA, Supremo Tribunal Federal

Relator.: Min. Ricardo Lewandowski

Relator p/ acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno

Crime ambiental. Transporte e comercialização de minério radioativo sem autorização legal. Incidência da causa de aumento de pena, 234

Numeração única: 0000107-76.2009.4.01.3100

Apelação Criminal 2009.31.00.000107-1/AP

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

Crime ambiental. Dano a unidade de conservação. Estação ecológica. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, 235

Numeração única: 0000167-02.2008.4.01.3903

Apelação Criminal 2008.39.03.000167-0/PA

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

Crime ambiental. Dano a unidade de conservação. Área de proteção ambiental. Terreno de marinha. Manguezal. Preservação permanente. Independência das instâncias cível e criminal, 235

Apelação Criminal 0015094-94.2012.4.01.3300/BA

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

Crime ambiental. Indícios suficientes de autoria. Revolvimento fático-probatório. Via inadequada. Juiz singular. Proximidade da causa. Princípio *pas de nullité sans grief*. Cerceamento de defesa. Não ocorrência, 236

Habeas Corpus 0065542-38.2016.4.01.0000/PA,

Relator: Juiz Federal George Ribeiro da Silva (convocado)

Extração ilegal de areia sem autorização do órgão competente. Crime contra o meio ambiente. Impedir ou dificultar regeneração de vegetação natural. Crime permanente, 237

Recurso em Sentido Estrito 0004242-85.2015.4.01.3500/GO

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Infração ambiental. Destruição da Floresta Amazônica. Veículo aquático (embarcação). Apreensão. Direito de propriedade. Mitigação. Nomeação de fiel depositário. Poder discricionário da Administração, 237

Apelação Cível 0001622-40.2009.4.01.3200/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, 238

Apelação em Mandado de Segurança 0007623-51.2009.4.01.3811/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Infração ambiental. Extração irregular de madeira (em toras). Veículo automotor (trator). Apreensão. Direito de propriedade. Mitigação. Terceiro de boa-fé. Princípio da solidariedade. Nomeação de fiel depositário. Poder discricionário da Administração, 239

Numeração única: 0000067-79.2010.4.01.3902

Apelação/Reexame Necessário 2010.39.02.000029-0/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Instalação de terminal graneleiro no porto de Santarém (PA). Licenciamento ambiental condicionado à realização de estudo prévio de impacto ambiental. Inviabilidade de estudo póstumo de impacto ambiental, na espécie, ante a irreversibilidade dos danos ao meio ambiente. Princípios da precaução e da prevenção, na instrumentalidade da tutela processual-cautelar do meio ambiente. Proteção do meio ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações, 240

Numeração única: 0000162-61.2000.4.01.3902

Apelação Cível 2000.39.02.000141-0/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Vedação da continuidade de construção de rodovia em área com vestígios de população indígena. Configuração de danos ambientais causados pelas obras. Responsabilização das instituições públicas vinculadas à preservação da área, 242

Apelação Cível 0002602-91.1995.4.01.4100/RO

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Vazamento de óleo diesel em mar territorial. Abastecimento de navio pela Petrobras. Competência da Justiça Federal. Dano. Comprovação. Conduta ilícita e nexos de causalidade. Valor da indenização. Apuração em liquidação, 243

Apelação Cível 0001570-72.2004.4.01.3700/MA

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Dano ambiental. Decretação da medida de indisponibilidade de bens. Restrição do acesso a linhas de crédito oficiais e benefícios fiscais, 245

Agravo de Instrumento 0031583-42.2017.4.01.0000/PA

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

Danos causados a patrimônio arqueológico. Planos de ações emergenciais para evitar a ruína e o desabamento de prédio, bem como para impedir o perecimento do acervo arqueológico, 250

Agravo de Instrumento 0027560-53.2017.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

JEFs em Revista.....257

Pensão por morte. Segurado especial. Limitação da prova testemunhal a uma testemunha. Cerceamento de defesa configurado. Nulidade da sentença. Retorno dos autos para oitiva das testemunhas, 257

Recurso Inominado 4483-94.2014.4.01.3823

Relatora: Juíza Federal Sílvia Elena Petry Wieser

Consumidor. Programa de arrendamento residencial. Imóvel inabitável. Dano material. Dano moral, 257

Recurso Inominado 0005056-72.2012.4.01.3801

Relatora: Juíza Federal Sílvia Elena Petry Wieser

Medicamento. Restituição de valores. Direito à vida e à saúde, 258

Recurso Inominado 3238-72.2014.4.01.3815

Relatora: Juíza Federal Sílvia Elena Petry Wieser

Gratificação de desempenho. Termo final do pagamento aos servidores ativos e inativos no mesmo valor, 261

Numeração única: 0041105-45.2012.4.01.3500

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2012.35.00.962359-5

Relator: Juiz Federal Marcelo Stival

Repositórios Oficiais de Jurisprudência.....263

Instruções Editoriais.....265

Tutela jurídico-constitucional do ecossistema familiar no contexto do desenvolvimento sustentável*

Ana Cecília Caldas Cardozo** e Brenda Guedes de Farias de Oliveira***

1 Introdução

No presente estudo será abordado o tema do ecossistema familiar, sob o enfoque da legislação internacional e pátria.

O texto está dividido em três capítulos, nos quais serão abordados os seguintes assuntos: os fundamentos do Direito Internacional sobre o ecossistema familiar sustentável; o conceito jurídico ambiental do ecossistema familiar e a proteção do ecossistema familiar no contexto jurídico constitucional pátrio.

O objetivo deste trabalho é tratar do conceito de família e da sua importância no aspecto social e jurídico, já que esta é protegida pelo Estado. Ademais, será abordado também o tema da evolução das entidades familiares e apresentado um caso concreto de uma situação familiar que, a depender do seu desfecho judicial, poderá causar um grave desequilíbrio no ecossistema familiar das partes envolvidas.

2 Fundamentos do Direito Internacional sobre o ecossistema familiar sustentável

Existem diversos tratados internacionais de proteção de elementos que integram o ecossistema e o meio ambiente. Alguns são mais específicos e protegem especialmente determinadas espécies da biodiversidade, outros mais abrangentes, no contexto da preocupação global com a proteção da natureza, independentemente do território onde se encontre.

Antes de adentrar no tema, cumpre destacar que, de acordo com a Resolução 306 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama (2002), o conceito de meio ambiente é o

[...] conjunto de condições, leis, influência e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas, para que se possa acompanhar e preservar todas as formas de vida.

Já Direito Ambiental Internacional é o conjunto de regras e princípios que regulam a proteção da natureza na esfera internacional. Esses regulamentos visam proporcionar uma proteção ao valor ecológico que possuem as espécies e ecossistemas frente a inibição dos fenômenos de degradação ou alteração significativa destes bens ambientais.

Neste mesmo contexto, encontramos o meio ambiente familiar, que também é protegido por diversos tratados internacionais, os quais buscam proteger o bem maior de todo ser humano: a família.

A formação do Direito Internacional Familiar abarca diversos tratados e convenções acerca do tema.

O Brasil é signatário de diversos desses tratados que versam direta ou indiretamente sobre o Direito de Família, tais como: Declaração Universal dos Direitos Humanos; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres; Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Convenção sobre o Consentimento para o Matrimônio, Idade Mínima para Contrair Matrimônio e Registro de Matrimônio; Proclamação de Teerã; Conferência de Viena; Conferência do Cairo; Declaração de Beijing.

Dentre os ordenamentos internacionais que protegem a família, um dos mais importantes tratados, dos quais o Brasil é signatário, é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecido por Pacto de San Jose da Costa Rica.

O referido tratado foi assinado em 1969 na cidade de San Jose, na Costa Rica, o qual visou consolidar entre os países americanos o ideal do ser humano

* Artigo apresentado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Católica de Brasília, como requisito obrigatório da disciplina “Direito Ambiental e Sustentabilidade”, no Mestrado em Direito (artigo sob orientação científica do Prof. Dr. Souza Prudente).

** Advogada-orientadora do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Católica de Brasília, Unidade Taguatinga. Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

*** Advogada-orientadora do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Católica de Brasília, Unidade Samambaia. Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Projeção – DF. Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

livre, sob condições que lhe permitam gozar dos seus direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos e consolidar um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais, independentemente do país onde a pessoa resida ou tenha nascido.

O art. 17 do pacto dispõe especificamente sobre a proteção da família. Em termos gerais, o texto dispõe que a família é um elemento natural fundamental e deve ser protegida pelos cidadãos e pelo Estado.

Importante mencionar a especial importância dada pelo pacto ao instituto do casamento, destacando que idade, consentimento e livre escolha devem ser observados no momento do enlace e que os filhos nascidos ou não dentro do casamento devem ter os mesmos direitos, sendo assegurada a eles a convivência.

Em aspectos globalizantes, o meio ambiente familiar é influenciador das inter-relações entre os seres humanos, ar, água, solo, recursos naturais, flora e a fauna.

Por esta razão resta evidenciado que os seres humanos afetam e são afetados pelos fatores comportamentais deles próprios, bem como dos fatores ambientais como a luz, o ar, a água e o solo e os demais seres vivos que habitam o Planeta.

Assim, os tratados internacionais e as convenções são regramentos criados para a proteção da família, visando o cumprimento dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, constituindo ordenamentos universais os quais buscam a educação da entidade familiar, que é responsável por todas as interferências das relações humanas, inclusive em relação ao meio ambiente equilibrado.

3 Conceito jurídico/ambiental do ecossistema familiar

Antes de adentrar no cerne do conceito jurídico de ecossistema familiar, é primordial conceituar o termo família.

Segundo o doutrinador Paulo Nader¹,

[...] família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade

nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum [...].

É na família que o homem cria suas raízes e torna-se um ser capaz de competências singulares. A família, portanto, desempenha um papel importante na formação do indivíduo, pois determina grande parte da personalidade do adulto que uma criança irá se tornar, sendo determinante na constituição da essência do indivíduo.

A família é considerada uma instituição responsável por promover a educação dos filhos e influenciar o comportamento destes no meio social.

A ilustre Professora Maria Berenice Dias, renomada especialista nos ecossistemas familiares, ensina que hoje as famílias são plurais, com formato modificado, evoluiu e se distanciou do modelo tradicional.

Segundo a autora, hoje existem famílias matrimoniais, que são aquelas formadas por pares heterossexuais; famílias informais, aquelas extramatrimoniais; famílias homoafetivas, formadas por pares do mesmo sexo; famílias monoparentais, aquelas formadas por apenas um dos pais e seus filhos; família parental, formada por convivência regular e duradoura entre parentes; pluriparental, aquelas formadas por casais que tem filhos de outros casamentos; e, por fim, a eudemonista, aquela formada por relações que compartilham a mesma vida buscando a felicidade.

A família é fator influenciador em como o ser humano pode vir a se relacionar com os aspectos ambientais.

Para o ilustre jurista, político, diplomata, escritor, filólogo, tradutor e orador, Ruy Barbosa de Oliveira:

O sentimento que divide, inimiza, retalia, detrai, amaldiçoa, persegue, não será jamais o da pátria. A pátria é a família amplificada. E a família, divinamente constituída, tem por elementos orgânicos a honra, a disciplina, a fidelidade, a benquerença, o sacrifício. É uma harmonia instintiva de vontades, uma desestudada permuta de abnegações, um tecido vivente de almas entrelaçadas. Multiplicai a célula, e tendes o organismo. Multiplicai a família, e tereis a pátria. Sempre o mesmo plasma, a mesma substância nervosa, a mesma circulação sanguínea. Os homens não inventaram, antes adulteraram a fraternidade, de que o Cristo lhes dera a fórmula sublime,

¹ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. V. 5, 7. ed. Forense, 2016.

ensinando-os a se amarem uns aos outros: "Diliges proximum tuum sicut te ipsum".²

Assim, o homem recebe desde o nascimento influência da atmosfera familiar, e a vida afetiva de uma pessoa tem uma longa trajetória pela educação nos convívios familiar e social.

Sabe-se que a educação ambiental familiar não formal constitui-se num dos pilares essenciais na construção de uma sociedade mais preocupada com o meio ambiente.

A educação do contexto familiar influencia no desenvolvimento da consciência ambiental na criança, formando-a e constituindo-a, enquanto ser humano completo e mais preocupado com as questões ecológicas. Os anseios, os desejos e as expectativas familiares que envolvem a criança promovem bem-estar e equilíbrio no adulto que está por se formar.

Dessa forma, o ecossistema familiar é um conjunto de relacionamentos que se produz entre seres humanos, fauna, flora, microrganismos e o ambiente no qual esses vivem.

No ecossistema familiar todos os elementos estão relacionados e ligados entre si, dependendo uns dos outros para manter o equilíbrio e a harmonia. O ecossistema familiar é o local onde deve existir harmonia, afetos, proteção e todo o tipo de apoio necessário na resolução de conflitos ou problemas de algum dos membros.

As relações de confiança, segurança, conforto e bem-estar proporcionam a unidade familiar.

É no seio familiar que são transmitidos os valores morais e sociais que servirão de base para o processo de evolução da criança até a formação final do indivíduo adulto.

4 Da proteção do ecossistema familiar no contexto jurídico constitucional do Brasil

Ao tempo do Código Civil de 1916 até o advento da Carta Política de 1988, a família brasileira era eminentemente matrimonializada, só existindo legal e socialmente quando oriunda do casamento válido e eficaz, sendo que qualquer outro arranjo familiar existente era socialmente marginalizado.

Na referida época, quando um homem e uma mulher constituísse um concubinato, equivalente à atual união estável, seus eventuais e escassos efeitos jurídicos teriam que ser examinados no âmbito do Direito das Obrigações, pois eram entidades comparadas a direito de fato.

Esses outros modelos de agrupamento familiar passaram a perder essa característica marginal com a edição da Carta Política de 1988, que abriu o leque de padrões distintos de núcleos familiares.

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma família *pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental*.³

Após a promulgação da Carta Política e Jurídica de 1988, a família passou a ser vista desempenhando a sua principal função, que é o respeito à dignidade da pessoa humana, por meio da não utilização de preconceitos de origem ou de condição, valorizando-se tão somente o ser humano e se eximindo de fazer qualquer juízo de valor.

A Carta Magna vigente privilegiou o princípio da dignidade da pessoa humana, destacando a igualdade e a liberdade, devendo obrigatoriamente ser respeitado em todas as relações jurídicas, sejam elas públicas ou privadas, estando aqui incluídas as relações familiares, e eliminou diversos dispositivos que discriminavam e faziam diferenciações injustificáveis entre os indivíduos.

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana fora introduzida por nossa Carta Política de 1988 como cláusula pétrea, no inciso III do seu art. 1º, e lhe empregaram um papel de bem maior do ordenamento jurídico brasileiro, sendo criados mecanismos de proteção a fim de que não se concretize qualquer tipo de infração a tal princípio fundamental.

Ressalte-se que todos os princípios constitucionais visam salvaguardar a dignidade da pessoa humana, vez que, se assim não fosse, especialmente na seara do Direito de Família, estar-se-ia ferindo o fundamento basilar da República Federativa do Brasil.

² *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. 30, t. 1, 1903. p. 358.

³ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. cit., p. 12.

Neste contexto do Direito Familiar, a dignidade da pessoa humana é contemplada de maneira que, atualmente, a discriminação em relação aos tipos de família não é aceita pelo ordenamento e, no entender da ilustre Professora Maria Berenice Dias:

[...] nos dias de hoje, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósito comuns, gerando comprometimento mútuo.

A fim de coibir e solucionar as lacunas e falta de previsão legal expressa das diversas entidades familiares existentes em nossa sociedade, a doutrina jurídica e a jurisprudência pátrias, a par do rol enumerativo previsto no art. 226 da CF/1988, têm encontrado solução com a coerência do princípio da dignidade humana, definido no art. 1º, III, da Carta Magna.

Vejamus exemplo de decisão recente do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios sobre o instituto da multiparentalidade, a qual reconhece o direito do menor ter vínculo paterno com o pai biológico e o socioafetivo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. SENTENÇA EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. PATERNIDADE BIOLÓGICA. EXAME DE DNA. PATERNIDADE REGISTRAL E AFETIVA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. MULTIPARENTALIDADE.

1. O decisum configura o corolário da exordial; a correlação entre pedido e sentença é medida que se impõe, mostrando-se vedado ao julgador decidir aquém (citra ou infra petita), fora (extra petita), ou além (ultra petita) do requerido na inicial. Eis o porquê de a decisão vincular-se à causa de pedir e ao pedido.

2. O direito de família deve ser sempre regulamentado em face dos interesses do menor, vulnerável na relação familiar, a fim de lhe propiciar bem-estar e bom desenvolvimento não somente físico, mas moral e psicológico, elementos integrantes da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do ordenamento jurídico pátrio.

3. O mero vínculo genético, por si só, não é suficiente para afastar a paternidade de cunho afetiva. Em algumas situações, a filiação afetiva pode-se sobrelevar à filiação biológica, em razão da relação de carinho e afetividade construída com o decorrer do tempo entre pai e filho.

4. Há que se enaltecer a importância da convivência tanto materna quanto paterna, ao passo em que o direito do menor de conviver com seu pai afetivo mostra-se de fundamental relevância para o desenvolvimento e formação da criança, máxime quando inexistente qualquer motivo que não a recomende.

5. O reconhecimento da paternidade biológica fundamentado em exame de DNA, sobretudo, em caso de o pai biológico haver incidido em erro quanto à verdadeira paternidade biológica da criança, merece ser reconhecida quando o pai demonstra interesse em exercer o seu papel em relação ao filho, dispensando-lhe cuidado, sustento e afeto.

6. O conceito de multiparentalidade exsurge, pois, como uma opção intermediária em favor do filho que ostenta vínculo de afetividade com o pai afetivo e com o pai registral, sem que se tenha de sobrepor uma paternidade à outra. Não há critério que possa definir preferência entre as duas formas de paternidade, sobretudo, quando há vínculo afetivo do menor tanto com o pai registral, como em relação ao pai biológico.

7. Rejeitou-se a preliminar. Negou-se provimento aos apelos. (Acórdão n.919129, 20130610055492APC, Relator: FLAVIO RENATO JAQUET ROSTIROLA, Revisor: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 03/02/2016, Publicado no DJE: 16/02/2016. Pág.: Sem Página Cadastrada.

O art. 226 da Constituição Federal define as estruturas familiares e analisa a família a partir da sua composição. Esse artigo prevê que a família é base da sociedade, tendo o Estado o dever de provê-la especial, reconhecendo a importância da aplicabilidade do princípio da afetividade e dignidade da pessoa humana no âmbito familiar, concedendo e resguardando a entidade familiar.

Assim, os tribunais têm buscado decidir de forma mais próxima da justiça possível, resguardando cláusulas pétreas da Constituição, protegendo direitos fundamentais e constitucionais da afetividade e da dignidade da pessoa humana, priorizando os vínculos afetivos na solução de lides judiciais que tratam dos direitos e deveres da paternidade e maternidade, bem como de filiação, priorizando diretamente os sentimentos de amor e confiança existentes entre os familiares.

Assim, os novos modelos de entidades familiares estão sendo valorados, e a aplicação dos princípios constitucionais da afetividade e da dignidade humana

ganha especial importância, devolvendo ao caso concreto a segurança e correta aplicação jurídica.

5 Caso concreto

Na sociedade, o Direito de Família possui grande relevância, em razão das consequências que eventuais decisões judiciais podem causar no âmbito do ecossistema familiar.

Um exemplo que retrata bem essa importância é o caso discutido dos Autos 2013.07.1.041874-3, em trâmite na 3ª Vara de Família, Órfãos e Sucessões da Circunscrição Judiciária de Taguatinga/DF, no qual o requerido é patrocinado pelo Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Católica de Brasília – NPJ/UCB.

O requerente E.F.P. ingressou com ação negatória de paternidade em desfavor do menor C.F.S., representado por sua genitora, S.P.S., ao argumento de que conviveu em união estável com a mãe do menor, da qual nasceu o requerido, que o requerente registrou como seu filho.

Contudo, alegou que, passados 6 (seis) anos, descobriu que a companheira mantinha um relacionamento extraconjugal e que o requerido não era seu filho, bem como destacou que não mantinha nenhum vínculo afetivo com o requerido e que não mantinha contato com ele desde a separação do casal.

Ao final, pleiteou a anulação do registro civil do requerido em razão de ter reconhecido a sua paternidade mediante erro.

Em sede de contestação, o requerido refutou as alegações constantes na petição inicial, informando que o requerente sabia que não era pai biológico do requerido. Tanto é que quando o menor nasceu não constava o nome do pai em seu registro.

Quando o requerido contava com nove meses de idade, o requerente procurou a mãe do requerido para eles se reconciliarem. Na oportunidade, também informou que desejava registrar o requerido como seu filho, mesmo ciente de que ele não era o pai biológico do menor. Por isso, alegou que é infundada a alegação de que o requerido agiu mediante erro.

O requerente registrou o menor decorridos 1 ano e 8 meses de seu nascimento.

A mãe do requerido afirmou que o requerente sempre tratou o menor como se filho fosse, demonstrando afeto e cuidados pelo requerido.

Após a separação, o requerido constituiu nova família e mesmo assim continuou tratando o requerido como seu filho, afinal, ao reconhecer um filho sabendo que não era dele, o requerente adotou o requerido.

No dia da audiência de conciliação, o magistrado determinou o encaminhamento dos autos para o serviço psicossocial, a fim de ser analisada pela equipe a existência de eventual paternidade socioafetiva entre as partes.

A assistente social responsável pelo caso entrevistou as partes. A mãe do menor expressou tristeza e decepção com a atitude do requerente, pois ele sempre tratou o requerido como filho.

Ela disse, ainda, que é forte o vínculo afetivo entre o filho e o pai e que os contatos por meio de telefone e mensagens são frequentes, destacando que o requerente ligou para o menor para felicitá-lo pelo aniversário e mandou R\$ 100,00 (cem reais) de presente para o filho.

A mãe do menor informou que o requerente atualmente está com câncer e que ele lhe confidenciou que ingressou com essa ação por exigência da atual companheira, mas que independentemente da decisão do juiz a vinculação entre o requerente e o requerido será mantida.

A assistente social conversou com o menor, o qual ficou triste pelo fato de o requerente ter ingressado com essa ação, bem como afirmou não entender porque o requerente não quer mais ser seu pai.

Durante a entrevista, o menor relatou que quando questionou o requerente sobre a ação, este disse que o amava e que nunca iria esquecê-lo e que a retirada de seu nome do registro civil do menor não mudaria a relação de amor entre eles. Contudo, o menor disse que deseja que o nome do pai seja mantido na certidão de nascimento, pois, em seu coração, o requerente é seu pai.

Na conclusão do laudo, a assistente social afirmou que pelo estudo restou demonstrada a existência de forte vínculo afetivo entre o menor e o requerente e que, pelos relatos dos familiares, há paternidade socioafetiva construída durante o período em que os pais do menor conviveram juntos.

Por fim, a assistente social afirmou que a representante do requerido e o requerido desejam que a Justiça não acolha o pedido do requerente.

Posteriormente, os advogados do NPJ/UCB, defendendo os interesses do menor, se manifestou

sobre o laudo e requereu o reconhecimento da paternidade socioafetiva entre as partes.

O magistrado ainda não proferiu sentença no presente caso.

Cabe salientar que, com a evolução social ocorrida ao longo dos anos, com o advento da Constituição de 1988, que trata em verdade de um diploma que visa efetivar as garantias e direitos dos cidadãos, bem como proteger o melhor interesse da criança, há que se considerar que surge como um novo fundamento de formação da filiação: o da socioafetividade. O referido instituto valoriza o afeto como elemento primordial no seio familiar.

Apesar de o termo afeto não estar previsto expressamente no texto da Constituição, goza de sua total proteção, pois, dentro de seu texto estão presentes quatro fundamentos primordiais do princípio da afetividade: a igualdade entre os filhos independentemente de sua procedência, proibidas quaisquer designações discriminatórias (CF, art. 227, § 6º); a adoção, como ato de vontade afetiva e igualdade de direitos (CF, art. 227, §§ 5º e 6º); reconhecimento de comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes como entidade familiar (CF, art. 226, § 4º); e o direito à convivência familiar com absoluta prioridade à criança, ao adolescente e ao jovem (CF, art. 227).

É importante destacar que a paternidade socioafetiva está cada vez mais fortalecida tanto na sociedade quanto no mundo jurídico, encontrando-se devidamente fundamentada nos laços afetivos construídos através do cotidiano, do relacionamento de carinho, companheirismo, dedicação.

Diante dessa afirmação, partimos da premissa do quão importante se torna a figura de um pai socioafetivo, levando-se em consideração o fato de muitos pais biológicos não representarem a figura do pai tão bem quanto um pai socioafetivo o faz.

A doutrinadora Maria Berenice Dias disserta sobre a paternidade socioafetiva, nos termos a seguir transcritos:

A mudança dos paradigmas da família reflete-se na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos e de uma linguagem que melhor retrata a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, posse do estado de filho.

Todas essas expressões nada mais significam do que a consagração, também no campo da

parentalidade, do mesmo elemento que passou a fazer parte do Direito de Família. *Tal como aconteceu com a entidade familiar, agora também a filiação passou a ser identificada pela presença de um vínculo afetivo paterno-filial. O Direito ampliou o conceito de paternidade, que passou a compreender o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal.*⁴ (grifo nosso).

De acordo com o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, para que haja a anulação do registro de nascimento de menor que foi reconhecido voluntariamente, é necessária prova robusta no sentido de que o “pai registral” foi inegavelmente induzido a erro ou coagido. Vejamos:

Direito civil. Família. Criança e Adolescente. Recurso especial. Ação negatória de paternidade c.c. declaratória de nulidade de registro civil. Interesse maior da criança. Ausência de vício de consentimento. Improcedência do pedido.

- O assentamento no registro civil a expressar o vínculo de filiação em sociedade, nunca foi colocado tão à prova como no momento atual, em que, por meio de um preciso e implacável exame de laboratório, pode-se destruir verdades construídas e conquistadas com afeto.

- Se por um lado predomina o sentimento de busca da verdade real, no sentido de propiciar meios adequados ao investigador para que tenha assegurado um direito que lhe é imanente, por outro, reina a curiosidade, a dúvida, a oportunidade, ou até mesmo o oportunismo, para que se veja o ser humano – tão falho por muitas vezes – livre das amarras não só de um relacionamento fracassado, como também das obrigações decorrentes da sua dissolução. Existem, pois, ex-cônjuges e ex-companheiros; não podem existir, contudo, ex-pais.

- O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento, isto é, para que haja possibilidade de anulação do registro de nascimento de menor cuja paternidade foi reconhecida, é necessária prova robusta no sentido de que o “pai registral” foi de fato, por exemplo, induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto.

- Tendo em mente a salvaguarda dos interesses dos pequenos, verifica-se que a ambivalência presente nas recusas de paternidade são particularmente mutilantes para a identidade das crianças, o que impõe ao julgador substancial desvelo no exame das peculiaridades de cada processo, no sentido de tomar,

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Direito e Psicandlise*. Disponível em: <www.mariaberenicedias.com.br>.

o quanto for possível, perenes os vínculos e alicerces na vida em desenvolvimento.

- A fragilidade e a fluidez dos relacionamentos entre os adultos não deve perpassar as relações entre pais e filhos, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas. Em contraponto à instabilidade dos vínculos advindos das uniões matrimoniais, estáveis ou concubinárias, os laços de filiação devem estar fortemente assegurados, com vistas no interesse maior da criança, que não deve ser vítima de mais um fenômeno comportamental do mundo adulto.

Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1003628/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 10/12/2008). Grifo nosso.

Maria Helena Diniz, em sua obra *Curso de Direito Civil Brasileiro*, afirma que:

Não se será pai em razão de uma decisão judicial, porque para sê-lo é preciso: a) querer bem a prole, estando presente em todos os momentos; b) ser o farol que o guia nas relações com o mundo; e c) constituir o porto firme que o abriga nas crises emocionais e nas dificuldades da vida. Pai é quem cria e educa. A relação paterno-filial não se esgota na hereditariedade, mas em fortes liames afetivos, numa trajetória marcada por alegrias e tristezas, podendo ser oriunda da verdade socioafetiva.⁵

Assim, no caso apresentado estão presentes todos os pressupostos a enquadrar a relação de paternidade socioafetiva do requerente com o requerido, a qual se espera que seja reconhecida judicialmente, a fim de ser respeitado o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente e ser observado o melhor interesse da criança, ambos adotados pelo ordenamento jurídico pátrio.

6 Conclusão

Diante de tudo que foi abordado e estudado até aqui, resta indene de dúvidas a importância da família para a sociedade, tanto no ordenamento pátrio quanto nas normas de Direito Internacional que protegem o instituto.

Em relação ao ecossistema familiar, pela análise da demanda judicial apresentada, conclui-se que o Poder Judiciário não pode ficar alheio às questões sociais, devendo levar em consideração os fatos que efetivamente envolvem a vida das pessoas que compõem a relação processual, para que a prestação jurisdicional seja a mais justa possível e incida efetivamente no caso concreto.

O instituto da paternidade socioafetiva possui extrema relevância. Como bem observou a Ministra Nancy Andrighi, no julgado acima transcrito,

[...] a fragilidade e a fluidez dos relacionamentos entre os adultos não deve perpassar as relações entre pais e filhos, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas [...],

a fim de serem respeitados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, bem como do melhor interesse da criança.

Referências

- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. v. 5, 7. ed. Forense, 2016.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 2007, p. 477.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Manole, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- FARIAS, Cristiano Chaves de e Rosenvald, NELSON. *Direito das Famílias*. 2. ed. cit., p.12.
- CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 1º jun. 2016.
- DIAS, Maria Berenice. *Direito e Psicanálise*. Disponível em: <www.mariaberenicedias.com.br>. Acesso em: 8 jun. 2016.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 2007, p. 477.

O estabelecimento da filiação na lei de procriação medicamente assistida portuguesa

Carina Cátia Bastos de Senna*

Resumo

O presente artigo trata do direito de filiação, em Portugal, na procriação medicamente assistida. Com o fito de introduzir o leitor no tema, conceituaremos o direito de filiação, explicando sua natureza jurídica e classificação. Após, faremos uma abordagem geral de como o direito de filiação está tratado no Código Civil Português, com especial enfoque para as regras de fixação da maternidade e paternidade. Em seguida, trataremos da procriação medicamente assistida, suas técnicas e espécies. Por fim, analisaremos as soluções jurídicas dadas pela Lei de Procriação Medicamente Assistida – Lei 32/2006, de 26 de julho, ao direito de filiação, nas diversas hipóteses que trata.

Palavras-chaves: Direito de filiação. Procriação medicamente assistida. Portugal.

1 Introdução

Com o desenvolvimento da biomedicina, discute-se se o direito de filiação, até então consolidado nos códigos civis, deixou de disciplinar de forma satisfatória todas as possibilidades de filiação hodiernamente existentes e se há necessidade de elaboração de norma específica que trate do direito de filiação.

Isso porque, a partir da adoção de técnicas de procriação medicamente assistida, casais que, até então, por terem alguma dificuldade em procriar de forma natural, não conseguiam ter filho(s), agora, utilizando-se, inclusive, de terceiros doadores de sêmen e ovócitos, por exemplo, conseguem a tão sonhada maternidade/paternidade, através de um processo reprodutivo artificial, fazendo com que axiomas absolutos, como a regra “*mater semper certa es*”, sejam questionados e relativizados.

No presente trabalho procuraremos analisar o direito de filiação na Lei de Procriação Medicamente Assistida – Lei 32/2006.

Para tanto, no primeiro capítulo conceituaremos o direito de filiação, explicando sua natureza jurídica e classificação.

No segundo capítulo investigaremos como o direito de filiação está tratado no Código Civil Português, com especial enfoque para as regras de fixação da maternidade e paternidade.

No terceiro capítulo discorreremos sobre a procriação medicamente assistida nos dias atuais, suas técnicas e princípios fundamentais aplicáveis à reprodução a partir da utilização das técnicas de procriação.

Por fim, no quarto capítulo analisaremos as soluções jurídicas dadas pela Lei de Procriação Medicamente Assistida – Lei 32/2006, de 26 de julho, ao direito de filiação, nas diversas hipóteses que trata, a fim de verificar se a lei consegue resolver satisfatoriamente todos os conflitos existentes no campo do direito de filiação, decorrentes da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida ou se ainda há uma lacuna a ser preenchida, oportunamente, sugerindo alteração legislativa, na hipótese de lacuna da norma.

A contemporaneidade do tema faz com que o assunto se torne interessante, não só para os operadores do Direito, diante da necessidade de buscar conhecimento de diversas áreas do Direito, dentre elas do Direito Constitucional, Direito Civil e suas evoluções, mas também para a sociedade, na medida em que a filiação constitui o elo inicial da família e instaura uma relação entre genitores e filho, de direitos e obrigações recíprocos.

2 Direito de filiação

O termo “filiação” tem origem etimológica no vocabulário latino, *filiatio*, que possui o significado de descendência de pais e filhos.

Silvio Rodrigues¹ conceitua filiação como a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se tivesse gerado.

* Juíza Federal lotada na 12ª Vara Federal de Belém/PA. Mestranda em Ciências Jurídica pela Universidade Autónoma de Lisboa – UAL. Especialista em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito – UFPA. Professora da graduação e pós-graduação em Direito da Faculdade Estácio/FAP.

¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*, p. 297.

Jorge Shiguemitsu Fujita² conceitua filiação como

[...] vínculo que se estabelece entre os pais e filhos, decorrentes de fecundação natural ou da técnica de reprodução assistida homóloga ou heteróloga, assim como em virtude de doação ou de uma relação socioafetiva resultante da posse do estado de filho [...].

De acordo com Eduardo dos Santos³,

[...] a filiação é o estado (status) jurídico de uma pessoa em razão da relação de procriação real ou suposta com um terceiro, e, porque é um estado, é uma situação ou posição integrada por um complexo de relações jurídicas entre procriadores e procriados.

Sempre que nasce uma criança mister se faz estabelecer a respectiva filiação.

Hodiernamente o vínculo de filiação pode decorrer de relação sexual (coito, cópula), portanto, procriação natural ou carnal. Mas a filiação pode ser também consequência de uma reprodução medicamente assistida, portanto, procriação induzida⁴.

Na primeira hipótese o vínculo de filiação resulta de uma relação sexual entre um homem e uma mulher com a consequente concepção. Na segunda hipótese, não há que se falar em cópula, mas, sim,

[...] um conjunto de técnicas que têm como fim provocar a gestação mediante a substituição ou a facilitação de alguma etapa que se mostre deficiente no processo reprodutivo.^{5,6}

Tratando-se de procriação medicamente assistida, deve-se identificar o projeto parental que o casal decidiu concretizar.

Nesse sentido, doutrina de Pimenta Júnior, por Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁷, abaixo transcrita:

No segmento da filiação (e, obviamente, da paternidade e da maternidade) é de fundamental importância identificar o projeto parental que o casal decidiu concretizar. O Estado não pode interferir na decisão do casal quanto à titularidade e ao exercício do direito ao planejamento familiar. As técnicas de reprodução assistida cumprem o papel de auxiliar na solução de dificuldades ou impossibilidades de reprodução humana, facilitando o processo reprodutivo quando outras técnicas terapêuticas se revelaram ineficazes ou inapropriadas.

A doutrina civilista classifica a filiação, quanto a sua natureza, em jurídica, biológica e socioafetiva.

Por filiação jurídica ou legal entende-se o vínculo paterno-filial reconhecido pela lei.

Silvio de Salvo Venosa⁸ afirma que a filiação jurídica busca garantir a identificação pessoal relativamente à identidade biológica, mas nem sempre “a identidade genética amolda-se à identidade jurídica”. Para ele, a solução desse problema depende da lei e, sobretudo, do judiciário.

A filiação biológica ou natural é a relação que se estabelece, por laços de sangue (consanguinidade), entre uma pessoa e seus descendentes em linha reta do primeiro grau.⁹

Anteriormente, havia uma vinculação entre a filiação natural e a jurídica. Stela Barbas¹⁰ ressalta que a coincidência entre a filiação natural e a jurídica deixou de ser princípio absoluto.

Por fim, Jorge Shiguemitsu Fujira¹¹ define a filiação socioafetiva como

[...] aquela consistente na relação entre pai e filho, ou entre mãe e filho, ou entre pais e filho, em que inexistente liame de ordem sanguínea entre eles, havendo, porém o afeto como elemento aglutinador, tal como uma sólida argamassa a unidos em suas relações, quer de ordem pessoal, quer de ordem patrimonial.

A filiação socioafetiva dá-se na adoção, na técnica de reprodução assistida heteróloga e na posse do estado de filho.

² FUJIRA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*, p. 9.

³ SANTOS, Eduardo dos. *Direito de Família*, p. 435.

⁴ Registre-se ainda a filiação decorrente da adoção.

⁵ SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização assistida – questão aberta: aspectos científicos e legais*, p. 5.

⁶ No terceiro capítulo deste trabalho abordaremos as diversas técnicas de procriação medicamente assistida.

⁷ PIMENTA JÚNIOR, José Luiz B.; CAMPINHO, Bernardo apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação, reprodução humana assistida e conselhos de medicina*, p. 196.

⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. p. 246.

⁹ FUJIRA, Jorge Shiguemitsu. Op. cit., p. 62.

¹⁰ BARBAS, STELA. *Direito ao patrimônio genético*, p. 248.

¹¹ FUJIRA, Jorge Shiguemitsu. Op. cit., p. 70.

3 Lei de procriação medicamente assistida e estabelecimento de filiação

Em Portugal durante muito tempo perdurou um vácuo legislativo acerca da procriação medicamente assistida, tendo em vista que embora as primeiras técnicas de procriação medicamente assistidas datem da década de 70,¹² somente no ano de 2006 entrou em vigor a Lei 32/2006, de 26 de julho, conhecida como Lei de Procriação Medicamente Assistida – LPMA, com a finalidade de regulamentar a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida.

O vácuo legislativo existente até o advento da lei supramencionada não implica na afirmação de que não existia qualquer regra acerca do assunto. Todavia, as normas jurídicas que expressamente disciplinavam a procriação assistida, art. 1.839º, III, do Código Civil, art. 168º do Código Penal, art. 9º da Lei 3/1984, de 24 de março, e o Decreto-Lei 319/1986, de 25 de setembro, eram claramente insuficientes, encontravam-se desinseridas do conjunto do sistema jurídico e, o que é mais grave, suscitavam inúmeras dúvidas e contradições.¹³

Logo após a entrada em vigor da lei em comento, um grupo de trinta e um deputados à Assembleia requereu, junto ao Tribunal Constitucional, a declaração com força obrigatória geral, da ilegalidade e da inconstitucionalidade da lei, com diversos fundamentos, dentre os quais, inconstitucionalidade material de diversas de suas normas, tendo o colendo Tribunal Constitucional reconhecido a legalidade e constitucionalidade da norma, firmando entendimento de que as regras constantes da LPMA estão dentro da margem de livre ponderação do legislador.¹⁴

Historicamente havia dissenso na doutrina se o Estado deveria ou não legislar sobre a matéria.

Diversos *experts*, dentre eles Stela Barbas¹⁵, defendiam a necessidade de uma regulamentação específica na área de procriação medicamente

assistida, sob fundamento de que as regras que disciplinam o Direito de Família são de ordem pública e, assim, o Estado deve interferir fixando e disciplinando a utilização das diversas técnicas.

Ademais, pensa Stela Barbas¹⁶ que:

É um problema que transcende o foro da responsabilidade individual; é de ordem colectiva, recai sobre todos os que têm o poder de decidir nas diversas área do conhecimento e da actividade. E a gestão dos conflitos que eventualmente podem aparecer exige contributos não só dos médicos mas, também, dos juristas, teólogos, filósofos, sociólogos e políticos.

Stela Barbas, citando René Frydman,¹⁷ afirma que cada vez mais médicos e biólogos questionam os juristas pedindo, reclamando a elaboração de regras jurídicas:

Pedimos que sejam fixadas normas... pretendemos directivas precisas e um consenso da sociedade... estamos a ingressar no domínio de uma medicina muito específica... mais do que nunca carecemos... que sejam fixadas normas.

Jorge Pinheiro afirma que Guilherme de Oliveira¹⁸ defende a necessidade de a legislação como forma de não se criar, propositadamente, embriões excedentários; à limitação das utilizações do mesmo dador de esperma; ao controlo administrativo e sanitário das entidades que se dedicam à procriação assistida; à necessidade de se criar um registro especial das utilizações destas técnicas e dos nascimentos conseguidos.

De uma forma geral, os defensores do absentismo no Estado, no que diz respeito à criação da norma reguladora da procriação assistida, sustentavam que ela seria inconveniente porque iria travar a evolução científica ou não obteria o consenso da comunidade ou porque seria uma norma inútil, na medida em que seria rapidamente ultrapassada pela prática, pela evolução das técnicas de procriação.

Representando os opositoristas à criação de uma norma regulamentadora da procriação

¹² O nascimento da primeira bebé proveta, Luisa Brown, ocorreu em 25 de julho de 1978, na Inglaterra, seguida de Alas Tair MontGomery e do Indiano Durga. O primeiro bebé proveta português, Carlos Miguel, data de 1986.

¹³ BARBAS, Stela. *Direito ao património genético*, p. 248.

¹⁴ Acórdão 101/2009, de 1º de abril, do Tribunal Constitucional Português.

¹⁵ BARBAS, Stela. *Direito ao património genético*, p. 48.

¹⁶ Idem; *ibidem*.

¹⁷ FRYDMAN, René apud BARBAS, Stela. *Direito ao património genético*, p. 49.

¹⁸ OLIVEIRA, Guilherme de apud PINHEIRO, Jorge Duarte. *Procriação medicamente assistida*, p. 19.

medicamente assistida, Fernando Araújo¹⁹ assim se manifesta:

Em domínios como a procriação assistida, o único caminho satisfatório é o de uma ponderação casuística; a generalidade das regras jurídicas torna-as insensíveis e impotentes para apreciar questões humanas "individualmente absorventes".

Terminou por vencer a tese da necessidade de regulação. Destarte, a LPMA surgiu da necessidade imperiosa de regular a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, bem como alguns efeitos jurídicos decorrentes da utilização de técnicas, dentre eles no direito de filiação.

Registre-se que, em 4 de Setembro de 2007, 2 de junho de 2016 e 22 de agosto de 2016, foram publicadas as Leis 59/2007, 17/2016 e 25/2016, respectivamente, com o intuito de alterar algumas disposições constantes do texto originário da LPMA.

As técnicas de procriação medicamente assistida, segundo a lei, são métodos subsidiários e não alternativos de procriação utilizáveis, em regra, apenas diante de diagnóstico de infertilidade ou, ainda, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras. Tratando-se de mulheres, pela redação dada ao art. 4º da LPMA, pela Lei 17/2016, podem ser utilizadas as técnicas por todas independentemente do diagnóstico de infertilidade.

Jorge Duarte Pinheiro²⁰ defende a lei em comento, pois entende que os princípios do sistema de filiação português impõem a subsidiariedade das técnicas de PMA, pois, em regra, a constituição da filiação assenta na prática de ato sexual, sendo exceção a filiação independentemente do ato sexual. Assim, não haveria um direito a escolher livremente entre a procriação mediante ato sexual e a procriação assistida.

Afirma ainda o eminente doutrinador que:

Uma atitude demasiado liberal repercute-se numa vulgarização do fenómeno reprodutivo, que simboliza cedência perante interesses económicos da "indústria da procriação" ou indiferença perante o risco de comercialização da concepção, da gestação e das próprias crianças. O recurso à procriação assistida só pode ser encarado quando a outra forma

de procriação não constitua uma autêntica opção, nomeadamente em situações e esterilidade [...].²¹

Ademais, há permissão na LPMA, com redação dada pela Lei 17/2016, da utilização das técnicas de PMA por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade, estado civil e da respectiva orientação sexual, podendo recorrer às técnicas como beneficiários os casais de sexo diferente ou de casais de mulheres, respectivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, desde que o beneficiário tenha pelo menos 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica.

Pela redação originária da Lei 32/2006, a adoção das técnicas de PMA somente se dava quando os beneficiários eram pessoas casadas ou com união de fato, como forma de salvaguardar o direito de filiação dos indivíduos nascidos a partir da técnica de procriação assistida, como se verificava na redação originária do art. 6º, 1, da LPMA.

A LPMA estabelece diversos efeitos jurídicos, no que diz respeito ao direito de filiação, para quem se socorre das técnicas de reprodução assistida, especialmente quando se está diante de maternidade de substituição; inseminação artificial/fertilização *in vitro* com sêmen ou ovócitos de dador (estado de filiação na inseminação heteróloga) e inseminação *post mortem*.

No entanto, a LPMA não é suficiente para resolver todos os problemas relacionados à utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, especialmente no campo da filiação, até porque estamos numa área que se encontra em constante evolução. Há e haverá sempre lacunas no campo da procriação assistida.²²

3.1 A filiação na maternidade de substituição

Até há pouco tempo o Direito operava com relativa segurança quanto ao fato de a identidade da mãe ser sempre certa — *Mater semper certa est* — enquanto a do pai presumida. Não havia, portanto, dúvidas que a mulher que concebeu, gestou e deu à luz era a mãe.²³

¹⁹ ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, p. 17.

²⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*, p. 219.

²¹ Idem; *ibidem*.

²² Idem. Op. cit., p. 214.

²³ BARBAS, Stela. *Direito do genoma humano*, p. 531.

Todavia, os progressos científicos operados na área da procriação medicamente assistida ao possibilitarem o recurso às denominadas mães portadoras vieram pôr em causa o princípio da maternidade sempre certa. Em causa o velho axioma *mater semper certa est, etiam si vulgo conceperit* e a sua substituição por *mater nom semper certa est?*²⁴

Doutrinariamente os estudiosos do assunto²⁵ apontam dois casos descritos na Bíblia — Antigo Testamento²⁶ — e outro que foi submetido à apreciação dos tribunais norte-americanos no século XX, que ficou conhecido como bebé M²⁷, como as primeiras maternidades por substituição.

Desde então, diversas maternidades por substituição foram e são realizadas, não havendo ainda no campo doutrinário e normativo posição pacífica acerca da licitude da conduta, bem como seu efeito no estado de filiação.

Explica Stela Barbas que as técnicas actualmente disponíveis permitem *construir* uma criança com a contribuição de seis pessoas diferentes:

Podemos hoje falar numa tridimensionalidade procriativa. Neste sentido, teríamos uma dimensão orgânica, física e simbólica. Na primeira incluiríamos o pai/mãe genético (dador de esperma/óvulo); na dimensão física a mãe/pai gestacional (mãe portadora e seu companheiro) e na simbólica o pai/mãe adotivos.²⁸

A “mãe de substituição”²⁹, ou seja, aquela mulher que se dispõe a suportar uma gravidez por conta de

outrem, também é conhecida por “mãe portadora”³⁰, “mãe hospedeira” e “mãe de aluguer”³¹.

Jorge Duarte Pinheiro³² explica que nenhuma designação é perfeita.

Falar de “mãe portadora”, “mãe de aluguer” ou “mãe hospedeira” sugere que se está perante alguém que é mãe temporariamente, alguém que é mãe durante o período de gestação e que depois deixa de o ser. Ora, em rigor, só é mãe após o nascimento da criança e a chamada mãe portadora pode acabar por ser mãe jurídica, contra a sua própria vontade. Por seu turno, além de não estar a salvo destas críticas, o termo “mãe de substituição” é ambíguo: quem substitui quem? Geralmente, a expressão identifica a mulher que faz a gestação, por ocupar, no processo de gravidez, o lugar daquela que pretende assumir a qualidade de mãe jurídica. No entanto, há quem prefira usar o conceito de “mãe de substituição” para a mulher que, sem ter gerado a criança, pretende assumir a qualidade de mãe, ocupando, no plano da constituição do vínculo de filiação, o lugar da mulher que deu à luz.

Questão polêmica diz respeito ao questionamento acerca de quem seria a verdadeira mãe, no caso em que se recorre a uma mãe de substituição.

Stela Barbas³³ esclarece que nos termos do preceituado no art. 1.796º do Código Civil a filiação “resulta do facto do nascimento” parecendo, assim, que a mãe jurídica seria sempre a portadora. Ressalta, contudo, o espírito que presidiu à elaboração desta disposição foi precisamente o de consagrar que o estabelecimento da maternidade não está dependente de um acto de “reconhecimento” por parte da mãe.

Até o advento da Lei 25/2016, que deu nova redação ao art. 8º da LPMA, era vedado a maternidade de substituição em Portugal e a mulher que suportava uma gravidez de substituição de outrem era havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que viesse a nascer. Com a nova redação, passou a ser permitido a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição, de forma excepcional e gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou

²⁴ Idem; ibidem.

²⁵ Dentre eles: Stela Barbas e Jorge Duarte Pinheiro.

²⁶ Os casos bíblicos estão descritos no livro do Gênesis. O primeiro caso refere-se a Abrão e sua esposa Sara, que não podendo gestar, por ser infértil, permite que o esposo deite com uma serviçal, a fim de conceber um filho. O segundo caso refere-se a Raquel, que cedeu uma serva ao marido Jacob para que ela gerasse um filho em nome da sua dona.

²⁷ O casal Stern celebrou um contrato com Mary Beth Whitehead, mediante o qual todos concordavam que Mary Beth fosse inseminada artificialmente com esperma do Sr. Stern, com o objetivo de dar à luz uma criança que entregaria ao mencionado casal; todavia, após o parto, Mary Beth e o respectivo marido recusaram-se a entregar a criança.

²⁸ BARBAS, Stela. *Direito ao patrimônio genético*, p. 145.

²⁹ O termo tem origem no direito anglo-americano.

³⁰ Termo tem origem no direito francês.

³¹ Designação usual no Brasil.

³² PINHEIRO, Jorge Duarte. *Estudos de direito da bioética*. Mãe portadora – A problemática da maternidade de substituição, p. 324.

³³ BARBAS, Stela. *Direito do genoma humano*, p. 535.

de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem. Outrossim, quando a filiação da criança nascida através do recurso à gestação de substituição, fixou-se a parentalidade com os respectivos beneficiários da gravidez de substituição.

Leciona Jorge Duarte Pinheiro³⁴ que a redação originária do art. 8º da Lei 32/2006 conteria uma visão apriorística da matéria da determinação da filiação materna: seria mãe quem dá à luz.

A nova redação, por sua vez, faz prevalecer o critério biológico cumulado com o *animus* parental, inclusive porque somente é admitida a adoção de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gametas de, pelo menos, um dos respectivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante.

Registre-se, ainda, que a redação originária do art. 8º da Lei 32/2006 estabelecia a nulidade dos negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição, enquanto que hodiernamente o negócio jurídico de gestação de substituição será válido, desde que respeitem as regras constantes da Lei, e é feito através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, tendo as seguintes restrições/vedações: 1) há necessidade de autorização prévia do Conselho Nacional de procriação Medicamente Assistida, a qual é sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos e apenas pode ser concedida nas situações previstas em lei; 2) é proibido qualquer tipo de pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante da criança, exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio; 3) não é permitida a celebração de negócio jurídico de gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação econômica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas; 4) o contrato deve constar obrigatoriamente, em conformidade com a legislação

em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez; e 5) O contrato de gravidez de substituição não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade.

No primeiro momento observa-se que a legislação portuguesa expressamente cominava de nulidade os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição³⁵.

Doutrinariamente, todavia, a matéria é controversa.

Dentre os argumentos favoráveis a favor da maternidade de substituição, Jorge Duarte Pinheiro, citando Vera Lucia Raposo³⁶, enumera três:

Primeiramente a maternidade de substituição, ao multiplicar as hipóteses de nascimento de um ser humano, seria susceptível de encontrar fundamento num princípio de favorecimento da vida humana, emergente do art. 24.º da Constituição da República Portuguesa. Outro argumento em favor da maternidade de substituição seria o fato de que só este contrato faculta o acesso à maternidade das mulheres que não conseguem complementar uma gravidez com sucesso, evitando que elas sejam discriminadas relativamente àquelas que, graças às técnicas de procriação medicamente assistida, acabam por gerar crianças que nem sequer conseguiriam conceber pela prática de relações sexuais, e que o art. 36.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa reconhecera um direito de construir família em condições de plena igualdade, o que abarcaria o direito de procriar. Por fim, haveria ainda o argumento da autonomia privada, autonomia que a Constituição da República Portuguesa tutela ao declarar que todos têm direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1) ou à liberdade (art. 27.º, n.º 1).

³⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte. *Mãe portadora: a problemática da maternidade de substituição*, p. 326.

³⁵ A maternidade de substituição é proibida também no direito espanhol (art. 10.1 da Lei 14/2006, de 26/5), francês (art. 16-7 do Code civil), italiano (art. 12º, nº 6 da Lei nº 40, de 19/02/2004) e alemão (§1 I Nr. 7 da Embryonenschutzgesetz). No Brasil a Resolução nº 2.121\2015, item VII, 16.1, do Conselho Federal de Medicina - CFM permite a maternidade de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva e as doadoras temporárias do útero pertençam à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até quarto grau, salvo autorização do Conselho Regional de Medicina.

³⁶ RAPOSO, Vera Lucia apud PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito de família contemporâneo*, p. 332.

Registre-se, ainda, que, mesmo nas sociedades modernas, o ideal da maternidade é promovido para as mulheres num tal grau que elas podem sentir que a vida não tem sentido até dar à luz um filho.³⁷

Os doutos contrários a maternidade de substituição rebatem os argumentos favoráveis ao instituto a partir dos seguintes fundamentos:

Os dois primeiros argumentos são rejeitados por Jorge Duarte Pinheiro, por entender que não são particularmente aptos para a resolução do problema da admissibilidade ou inadmissibilidade da maternidade de substituição.

A criação de vida humana e a procriação não são valores absolutos. Não se pode pensar pura e simplesmente que é melhor existir do que nunca existir, que é melhor ser concebido e nascer do que nunca ter sido concebido e nunca ter nascido. A concepção, nomeadamente quando decorre da aplicação de uma técnica de procriação medicamente assistida, deve ser um actor efectivo, sensível aos sentimentos e necessidades da pessoa que se virá a formar e a nascer. É neste sentido que se compreende o art. 67.º, n.º2, al. d), da Constituição da República Portuguesa [...]. E, concretamente sobre o argumento que invoca uma exigência de igualdade no acesso à maternidade, sublinhe-se que o direito de procriar está sujeito a limites intrínsecos, que correspondem ao fim do direito, fim que não é meramente egoísta nem imediatista. O direito a procriar é concedido para a formação de um grupo familiar composto por filho e progenitor; neste grupo, o interesse mais ponderoso é o da criança. [...]³⁸.

O terceiro argumento também é afastado pelo ilustre doutrinador sob fundamento de que o exercício da liberdade contratual está balizado pelos princípios fundamentais do Direito, que penetram em conceitos indeterminados. Sendo assim, todo negócio jurídico que contrariar a ordem pública e os bons costumes, são nulos, como resulta do art. 280º, 1, do Código Civil.³⁹

Stela Barbas⁴⁰ também considera nulo e de nenhum efeito todo o contrato (gratuito ou oneroso) que tenha por objeto a procriação ou a gestação de um

ser humano por métodos naturais ou por inseminação ou fecundação artificial, com obrigação por parte da mãe hospedeira de entregar o filho logo que nasça e, ainda, com a obrigação de se abster de quaisquer contatos com a criança, sob seguinte fundamento:

Porque o seu fim é contrário à lei, à própria dignidade humana e ofensivo dos bons costumes nos termos do art. 280.º do Código Civil, [...] bem como com base no número 1 do artigo 81.º do mesmo diploma legal, na medida em que a sua celebração configura um caso de renúncia antecipada a um direito de personalidade (estatuto jurídico da mãe) [...].

Registre-se que, no Direito português, mesmo aqueles que no campo doutrinário sempre admitiram a maternidade de substituição, ressalvavam a necessidade de que se desse através de um contrato gratuito, realizado com fim altruístico, sendo nítida a repulsa pelo contrato de gestação a título oneroso, porque atentaria contra o valor da dignidade humana, na medida em que a gestação é tida como um serviço qualquer, ignorando-se totalmente a sua natureza íntima, e a criança é equiparada a um objeto, ao resultado de uma atividade⁴¹.

Nesse sentido é a lição de Jorge Duarte Pinheiro⁴²:

Nos termos do art. 67.º, n.º 2, al. e), da Constituição da República Portuguesa, ao Estado incumbe regulamentar a procriação assistida, mas em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, que é, aliás, o princípio fundador da nossa ordem jurídica, como decorre do art. 1.º da Constituição, volta a ser invocado no art. 26.º, n.º 3, da lei fundamental, no qual se estabelece que a lei garantirá a dignidade pessoal do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. Deste princípio decorre que à pessoa dever ser tratada como pessoa, como um fim em si mesmo; que à pessoa deve ser reconhecida autonomia, autodeterminação; que o ser humano não deve ser coisificado, instrumentalizado nem comercializado.

Observa-se da análise dos dispositivos supra-mencionados que, quanto ao estado de filiação, a lei atualmente adota o critério biológico/projeto parental

³⁷ CAHILL, Lisa Sowle. *Paternidade\maternidade em perspectiva*, p. 379.

³⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito de família contemporâneo*, pp. 333-334.

³⁹ Idem; *ibidem*.

⁴⁰ BARBAS, Stela. *Direito ao património genético*, p. 154.

⁴¹ MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*, pp. 286-288.

⁴² PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito de família contemporâneo*, p. 334.

para fixar a maternidade na hipótese de maternidade por substituição, desconsiderando qualquer outro critério.

3.2 A filiação na inseminação heteróloga

A LPMA em comento estabelece nos arts. 10, n. 1, 19, n. 1, 27 e 47 a possibilidade da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida através de processos heterólogos.

Sendo utilizado material genético de dador, fica excluída a paternidade deste, em face da ausência de projeto parental, devendo a filiação recair sobre o marido ou companheiro da mulher, desde que tenha consentido.

Leciona Stela Barbas⁴³ que:

O artigo 20.º (Determinação da paternidade) da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, sobre Procriação Medicamente Assistida, determina que nos casos de inseminação artificial heteróloga de que resulte o nascimento de um filho, é este tido como filho do marido ou daquele que vive em união de facto com a mulher que foi inseminada, desde que tenha prestado o seu consentimento nos termos fixados nesta Lei e sem prejuízo da presunção consagrada no artigo 1826.º do Código Civil. De acordo com o artigo 21.º (Exclusão da paternidade do dador do sémen) da referida Lei o dador não pode ser considerado pai da criança que vier a nascer.

A paternidade jurídica se constitui desde a época da concepção e início da gravidez em decorrência da reprodução assistida heteróloga (em relação ao fato jurídico 'relação sexual'), já que a vontade manifestada pelo homem casado ou que viva em união de fato se insere no projeto de parentalidade, associado ao êxito da técnica conceptiva heteróloga.⁴⁴

Todavia, como se observa da leitura dos artigos acima mencionados, a utilização se dará de forma subsidiária: o emprego dos espermatozoides, ovócitos ou embriões de terceiros dadores é permitido apenas quando, em face aos conhecimentos médico-científicos objetivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gametas dos beneficiários.

Algumas legislações, como a italiana⁴⁵, vedam a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, do recurso aos processos heterólogos, aderindo a uma concepção absoluta do biologismo em matéria de constituição da filiação. Outras legislações, como a brasileira⁴⁶, permitem a utilização de tais recursos.

O Tribunal Constitucional Português entendeu constitucional a procriação heteróloga, como delineada na lei, ou seja, de forma subsidiária, como se verifica em trecho do Acórdão 101/200947, abaixo transcrito:

Deve todavia desde já adiantar-se que a lei consagra, como decorre de diversas das suas disposições, um princípio de subsidiariedade em relação à aplicação das técnicas de procriação heteróloga. A dádiva de espermatozoides, ovócitos e embriões só é permitida quando, face aos conhecimentos médicos-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gametas dos beneficiários (artigo 10.º, n.º 1). E do mesmo modo, a inseminação com sémen de um terceiro dador só pode verificar-se quando não seja possível realizar a gravidez através de inseminação com sémen do marido ou daquele que viva em união de facto com a mulher a inseminar (art. 19.º, n.º 1). O que é também aplicável na fertilização in vitro com recurso a sémen ou ovócitos de dador e em relação a outras técnicas de PMA como seja a injeção intracitoplasmática de espermatozoide ou a transferência de embriões, gametas ou zigotos (artigos 27.º e 47.º).

Nesta perspectiva, o legislador acaba por privilegiar a correspondência entre a progenitura social e progenitura biológica, apenas admitindo a procriação heteróloga nos casos excepcionais em que não seja possível superar uma situação de infertilidade sem o recurso a um terceiro dador.

Do ponto de vista jurídico-constitucional, a admissibilidade subsidiária de tais técnicas passa essencialmente pela análise do direito à identidade pessoal compreendido em confronto com o direito ao desenvolvimento da personalidade e do direito de construir família.

⁴³ BARBAS, Stela. *Direito do genoma humano*, pp. 538-539.

⁴⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit. p. 199.

⁴⁵ Art. 4º, nº 3, da Legge 19 febbraio 2004, nº 40, intitulada "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita".

⁴⁶ Art. 1.597, V, do Código Civil Brasileiro e item IV da Resolução 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina.

⁴⁷ Tribunal Constitucional Português, Acórdão 101/2009, de 1º de abril.

[...]

E sendo assim, não serão as técnicas de medicina reprodutiva e a simples previsão do recurso à inseminação artificial ou à fertilização in vitro com gametas de um terceiro dador, com os limites que, em todo o caso, são impostos disposto no artigo 7º da Lei nº 32/2006, que podem pôr em causa o direito que é constitucionalmente garantido pelo nº3 do artigo 26º da Constituição.

Desse modo, admite-se que se situa ainda dentro da margem de livre ponderação do legislador a opção de permitir a procriação medicamente assistida heteróloga.

No campo doutrinário, há doutores como Diogo Leite de Campos⁴⁸ que são peremptoriamente contrários à inseminação heteróloga, porque entendem que perante o facto natural e biológico da procriação genética, a fecundação heteróloga introduz uma paternidade fictícia e uma proibição da procura da paternidade, com base em prejuízos ideológicos.

Leciona Jorge Duarte Pinheiro⁴⁹ que a admissibilidade subsidiária dos processos heterólogos suscita dois problemas: o da contrapartida económica da dação de esperma, ovócitos ou embriões, e o anonimato do dador.

Embora não seja objeto do presente estudo analisar tais problemas, não se pode deixar de registrar que a Lei 32/2006 vedou a compra e venda de óvulos, sémen, embriões ou de qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA⁵⁰, bem como estabeleceu o anonimato do dador de forma mitigada, pois estabeleceu como regra o anonimato, mais estabeleceu duas exceções: por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial e para que seja possível obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projeto de casamento. Na segunda hipótese fica garantida a confidencialidade acerca da identidade do dador, exceto se este expressamente o permitir⁵¹.

Para que seja possível a utilização de material genérico de terceiro, na procriação medicamente

assistida, exige a LPMA o consentimento expresso do marido/companheiro da mulher.

Esclarece, ainda, Jorge Duarte Pinheiro que:

[...] o elemento volitivo será imprescindível, ainda que haja uma ligação genética entre o filho e o pretense pai: repare-se que, p. e., o art. 1839.º, n.º3, não distingue a inseminação artificial homóloga da heteróloga. Não é, portanto, pai jurídico aquele que não tenha consentido no uso de uma técnica de procriação assistida. Tampouco é pai jurídico o mero dador de gametas, zigotos ou embriões, porque através da dação ele não manifesta a vontade de assumir um projecto parental.⁵²

Registre-se, apenas, que há doutrina no sentido de se atribuir exclusivamente o critério biológico na chamada filiação natural, mesmo em sede de procriação medicamente assistida, como se observa do magistério de Francisco Aguilár por Jorge Pinheiro⁵³, *in verbis*:

Isto porque o critério complementar que estria em causa – o "volitivo" – ao fazer depender a paternidade/maternidade natural da existência de um 'projecto de paternidade/maternidade conduziria a resultados inaceitáveis. Não só não explicaria o facto de na procriação "não" medicamente assistida o critério da filiação não se encontrar dependente da vontade dos progenitores, como principalmente, faltando esse elemento volitivo, negar-se-ia, ope legis e ab initio a maternidade e/ou paternidade jurídica.

Pensamos que a doutrina supramencionada é mais adequada à hipótese de maternidade/paternidade decorrente de técnica de procriação medicamente assistida homóloga, na medida em que trata de forma igual as crianças nascidas dentro do casamento, seja por meio de um processo natural ou através da utilização de uma das técnicas de PMA.

Consequentemente, a lei de regência da PMA deveria ser alterada para se estabelecer a mesma presunção inculpada no Código de Processo Civil, quanto à paternidade, quando decorrente de gravidez de mulher casada, quando a criança advir da utilização de PMA homóloga.

⁴⁸ CAMPOS, Diogo Leite de. Op. cit. p. 78.

⁴⁹ PINHEIRO, Jorge Pinheiro. *O direito de família contemporâneo*, p. 228.

⁵⁰ Como se observa no art. 15º da LPMA, com redação dada pela Lei 25/2016.

⁵¹ Como se verifica do art. 15º da LPMA.

⁵² PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito de família contemporâneo*, pp. 217-218.

⁵³ AGUILAR, Francisco apud OLIVEIRA, Jorge Duarte. *O princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 219.

Por outro lado, considerando que a lei veda o reconhecimento da filiação com o dador, na hipótese de ausência do consentimento expresso do marido, seja na inseminação homóloga ou heteróloga, a criança nascida nesta condição já nascerá tolhida no seu direito à filiação biparental.

Nesse contexto, Tiago Duarte⁵⁴ afirma que se o consentimento não prestado, caso a inseminação ocorra, ela será ilegal, a criança terá reconhecida apenas a filiação materna, proibindo-se o estabelecimento da paternidade.

Registre-se, por fim, que a partir da efetivação do procedimento de inseminação, o consentimento dado, em hipótese alguma poderá ser revogado.

Nesse sentido é lição de Debora Gozzo⁵⁵, *in verbis*:

Ora, estando a mulher grávida, não se trata amis só do direito do marido, mas, também, do direito da mulher a essa gestação, a sua dignidade de não ficar na dependência de uma autorização que ora existe, ora não existe mais. Cuida-se, ainda, do direito da criança que está sendo gerada, de ter um pai, de sua dignidade, enquanto ser já concebido. Afinal, ela deveria ter um pai, posto o marido de sua mãe ter concordado com a inseminação artificial heteróloga.

Estabelece, ainda, a Lei 32/2016, com redação da Lei 25/2016, como é aplicada a legislação de proteção de dados pessoais e de informação genética pessoal e informação de saúde aos dados pessoais relativos aos processos de PMA, respectivos beneficiários, dadores, incluindo as gestações de substituição, e crianças nascidas.

3.3 A filiação na inseminação *post mortem*

Questão controvertida acerca da continuidade ou não do procedimento de procriação medicamente assistida surge quando durante a aplicação da técnica de procriação um dos membros do casal vem a óbito.

Esclarece Stela Barbas⁵⁶ que,

Regra geral, surgem problemas sempre que se ultrapassa artificialmente a vida dos pais biológicos; há, desde logo, um ser potencial

condenado à orfandade; uma criança que já é órfã antes de ser concebida. Trata-se de uma situação anômala no plano do estabelecimento da filiação e do direito de sucessões.

Não há consenso na doutrina e legislações acerca da inseminação *post mortem*. Enquanto na Alemanha⁵⁷, por exemplo, é vedado, no Brasil⁵⁸ e na França⁵⁹ é permitida em determinadas condições.

Em Portugal, a Lei que regula a procriação medicamente assistida, Lei 32/2006, trata da inseminação *post mortem* no art. 22º, 1, prescrevendo a vedação da realização do ato, a partir do sêmen do marido ou homem que vivia em união de fato, ainda que este haja consentido na inseminação, estendendo-se a proibição à fertilização *in vitro* posterior à morte do membro do casal beneficiário que depositou o seu sêmen ou ovócitos (art. 26º) e a utilização *post mortem* de outras técnicas de PMA (art. 47º). Todavia, permite a inseminação *post mortem* a partir de embrião crio preservado.

Estabelece, ainda, a lei portuguesa que a filiação, mesmo na hipótese de inseminação *post mortem* a partir do sêmen, se dará em relação ao falecido.

Para Stela Barbas⁶⁰, a norma não deve facilitar a criação de famílias monoparentais, já que a criança tem direito inderrogável de se beneficiar da estrutura biparental da filiação. Afirma que é de condenar a criação, a fundação voluntária de uma família unilinear póstuma.

Leciona também a ilustre doutora que para a garantia do desenvolvimento integral da criança (art. 69º da Constituição da República Portuguesa) é fundamental ter pai e mãe, como decorre, também, do art. 68º do mesmo diploma ao estatuir que os progenitores têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos (1) e, ainda, que “a maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes” (2). É de condenar a criação voluntária de uma família unilinear póstuma.⁶¹

⁵⁷ Lei Alemã 745/1990.

⁵⁸ Art. 1.597, III, do Código Civil Brasileiro.

⁵⁹ Lei Francesa 94-654, de 29 de julho de 1994.

⁶⁰ BARBAS, Stela. *Direito ao patrimônio genético*, p. 133.

⁶¹ Idem. *Direito do genoma humano*, p. 540.

⁵⁴ DUARTE, Tiago. *In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei*, p. 101.

⁵⁵ GOZZO, Débora. *Dignidade humana, inseminação artificial heteróloga e contestação de paternidade*, p. 224.

⁵⁶ BARBAS, Stela. *Direito ao patrimônio genético*, p. 129.

Todavia, admite que na hipótese de existência de embrião excedentário, como forma de proteger o patrimônio genético desse ser já formado desde o momento da concepção, deve-se permitir a inseminação *post mortem* do embrião, desde que tenha sido autorizada pelo falecido em documento público, e o embrião seja utilizado pela viúva ou companheira, nos três meses seguintes à data da morte, seria de atender em casos especiais, nomeadamente em situações de alto risco como a guerra ou de doenças terminais.⁶²

Jorge Duarte Pinheiro⁶³ entende que tendo em conta a biparentalidade tendencial, não meramente genética, que funda o nosso sistema de filiação, e que obsta, aliás, ao acesso à procriação das pessoas que não estejam casadas nem vivam em união de fato, não deveria ser permitido a fecundação *in vitro*, em benefício de uma mulher, mediante o uso de esperma do outro membro do casal, entretanto falecido.

Observa-se, ainda, que a norma portuguesa, embora tenha permitido a realização da inseminação *post mortem*, quando há embriões crio preservados, deixou lacunas, quanto aos efeitos filiatórios e sucessórios decorrentes da procriação medicamente assistida *post mortem*, gerando um problema de insegurança na aplicação das leis.

Diante disso, José de Oliveira Ascensão⁶⁴ afirma que, passado o período de 300 dias previstos na lei (art. 1.829º, 1, do CC), em que se aplica a presunção de paternidade, não poderá ser considerado filho do falecido.

Jorge Duarte Pinheiro⁶⁵ entende que, embora a Lei 32/2006 seja omissa quanto ao reconhecimento do vínculo paterno-filial, na inseminação *post mortem*, o consentimento prestado teria o cunho de reconhecer a paternidade, já que constituiria um projeto parental claramente estabelecido por escrito.

Afirma ainda o festejado jurista que:

Esta interpretação vem coadunar com o entendimento da doutrina que caminha no sentido

de reconhecer a filiação social, pois, embora o fator biológico seja, em princípio, determinante no estabelecimento do vínculo de filiação [...], não é só a ele que se atribui essa função no sistema jurídico português, sendo extremamente relevante o papel da vontade na criação de algumas relações jurídicas, em que a realidade "afectiva e social sobrepõe-se e o elo da filiação acaba por se apoiar na vontade consciente".⁶⁶

Assim, o fator preponderante ao estabelecimento de um vínculo paterno-filial é a vontade do pai, a ausência ou revogação do consentimento importaria em só ser atribuída a maternidade à mãe.⁶⁷

4 Conclusão

Vimos que, com o desenvolvimento da Medicina reprodutiva no mundo, o direito de filiação, até então consolidado nos códigos civis, deixou de disciplinar de forma satisfatória todas as possibilidades de filiação hodiernamente existentes e que a elaboração de norma específica que trate do direito de filiação decorrente da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida.

Isso porque, a partir da adoção de técnicas de procriação medicamente assistida, casais que, até então, por terem alguma dificuldade em procriar de forma natural, não conseguiam ter filho(s), agora, utilizando-se, inclusive, de terceiros doadores de sêmen e ovócitos, por exemplo, conseguem a tão sonhada maternidade/paternidade, através de um processo reprodutivo artificial, fazendo com que axiomas absolutos, como a regra *mater semper certa es* sejam questionados e relativizados.

No Direito português não foi diferente.

O Código Civil Português, datado de 1966, no capítulo que trata do direito de filiação, não consegue pacificar todos os conflitos atualmente existentes no campo do direito de filiação, tendo em vista que vocacionado para estabelecimento da filiação decorrente de ato sexual, o que implica na adoção de critério quase que exclusivamente biológico para fixação da filiação.

Destarte, diante da lacuna existente no Código Civil, quanto à filiação decorrente da utilização de

⁶² Idem. *Direito ao patrimônio genético*, p. 136.

⁶³ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito de família contemporâneo*, p. 243.

⁶⁴ ASCENSAO, José de Oliveira. *Procriação assistida e direito*, pp. 671-672.

⁶⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte. *Procriação medicamente assistida*, pp. 108-109.

⁶⁶ Idem; *ibidem*.

⁶⁷ DUARTE, Tiago. *In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei*, p. 101.

técnicas de procriação medicamente assistida e do quanto disposto no art. 67º, n. 2, alínea e), da Constituição da República Portuguesa, foi editada a Lei 32/2006, de 26 de julho.

Acreditamos que a Lei 32/2006, com as modificações das Leis 17/2016 e 25/2016, constitui um avanço no campo do direito de filiação quando decorrente da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, se tomarmos como referência o Código Civil.

Todavia, a lei em comento não conseguiu resolver satisfatoriamente todos os conflitos existentes no campo do direito de filiação, decorrente da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, deixando, inclusive, lacunas a serem preenchidas oportunamente pelo legislador, como se observa na filiação *post mortem* do esposo/companheiro, a lei é lacunosa quanto aos efeitos filiatórios e sucessórios, gerando um problema de insegurança na aplicação das leis.

Também na hipótese de filiação decorrente de processo heterólogo, prevê o necessário consentimento do marido/companheiro para que o vínculo de filiação seja formado para com ele e ao mesmo tempo impede o reconhecimento de qualquer vínculo de filiação com o dador dos gametas, o que leva a possibilidade de uma criança nascer tolhida do direito a biparentalidade, eis que o vínculo de filiação se dará apenas com a mãe.

Referência

ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Almedina: Coimbra, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Procriação assistida e direito. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*. Coimbra: Almedina, 2000b. v.1. Almedina: Coimbra, 2000.

BARBAS, Stela. *Direito do genoma humano*. Coimbra: Almedina, 2011 (reimpressão da edição de set. 2007).

_____. Investigação da filiação. In *Estudo de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, 2008. pp. 31-53.

_____. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. O contrato de gestação à espera de novas leis. In *ForumIustitiae. Direito & Sociedade*. Lisboa. Nº 1 (junho de 1999), pp. 47-50.

CAHILL, Lisa Sowle. Paternidade/maternidade em perspectiva. In *Bioética: Poder e injustiça*. São Paulo: Edições Loyola, 2003. pp. 379-385.

CAMPOS, Diogo Leite de. A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito. In *Separata de Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra, 2008. pp. 73-86.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. (17. reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003.

CÓDIGO CIVIL. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de acordo com a revisão de 2005. 19. ed. Lisboa: Quid Juris, 2015.

DUARTE, Tiago. In *Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei*. Coimbra: Almedina, 2003.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação, reprodução humana assistida e conselhos de medicina. In *II Jornada de Direito Civil/Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Escola da Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília: ESMAF, 2012, pp. 195-231.

_____. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOZZO, Débora. Dignidade humana, inseminação artificial heteróloga e contestação de paternidade. In *Direito Humanos Fundamentais – Positivização e concretização*. Osasco: EDIFIEO, 2006. pp. 217-242.

JORGE, Miranda. MEDEIROS, Rui, anot. Constituição portuguesa anotada, tomo I, introdução geral. Preâmbulo. Artigos 1º a 79º. 2. ed., revista, actualizada e ampliada. Coimbra, 2010.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*, v. V, reimpressão, Coimbra, 2010.

LEI 32/2006. *Diário da República*, 1ª Série, n. 143 (26/07/2006), pp. 980-981.

LEI 17/2016. *Diário da República*, 1ª Série, n. 116 (20/06/2016), pp. 1.903-1.905.

LEI 25/2016. *Diário da República*, 1ª Série, n. 160 (22/08/2016), pp. 2.775-2.779.

OLIVEIRA, Guilherme de. Aspectos jurídicos da procriação assistida. In *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Ano 49, III (dezembro 1989), pp. 767-791.

_____. *Estabelecimento de filiação*. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. *Mãe há só uma (duas): o contrato de gestação*. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. *Critério jurídico da paternidade*. Reimpressão da edição de 1983). Coimbra: Almedina, 2003.

PINHEIRO, Jorge Duarte. Mãe portadora – A problemática da maternidade de substituição. In *Estudos de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 323-344.

_____. *O direito de família contemporâneo*. Reimpressão da 4. ed. de 2013. Lisboa: AAFDL, 2015.

_____. Procriação medicamente assistida. In *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, v. 1. Coimbra: Almedina, 2005.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 101. Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Lisboa, 3 de março de 2009.

RESOLUÇÃO CFM 2.121/2005. *Diário da República do Brasil*, I Seção, 24 set. 2015, p. 117.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito de família, V. 6, 28. ed. (revista e atualizada por Francisco Jose Cahah de acordo com o novo Código Civil - Lei 10.406, de 10/01/2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Eduardo dos. *Direito de Família*. Coimbra: Almedina, 1999.

SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização assistida – questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*, v. VI, 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

A responsabilidade civil por acidentes de carros autônomos: uma análise sob a ótica das *smart cities*

Lucas do Monte Silva*

Resumo

O presente estudo tem como objetivo analisar as possíveis consequências jurídicas da permissão do uso de carros autônomos (*driverless cars*), de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente a responsabilidade civil envolvendo acidentes com esse tipo de veículo. Os carros autônomos, tal como está ocorrendo em diversas capitais no mundo com a empresa Uber, não devem ser aceitos de forma pacífica, sendo possível imaginar dificuldades como *lobby* das empresas de seguro, o próprio receio da população e a falta de sinalização adequada em nações mais pobres. Desse modo, para verificação das consequências jurídicas da permissão do uso desses veículos, parte-se de algumas premissas: a) que o uso desses veículos seja permitido pelos Estados, bem como não enfrente grandes dificuldades por outros setores que serão afetados pelas mudanças que ocorrerão; b) os veículos sejam financeiramente acessíveis para que a população, em geral, tenha acesso. O trabalho não tem como objetivo esgotar a temática, mas sim apresentar questionamentos desse novo tema que deve ganhar cada vez mais relevância nessas próximas décadas.

Palavras-chave: Carros autônomos. *Smart cities*. Responsabilidade civil.

1 Introdução

No Brasil, há mais de 45,4 milhões de automóveis (Globo, 2014). Cerca de um automóvel para cada 4,4 habitantes. O uso desses automóveis causa mais de 1 milhão de acidentes por ano, deixando mais de 376 mil feridos, causando mais de 45 mil mortes, anualmente (IPEA, 2015). Tais acidentes possuem como origem o excesso de velocidade, consumo de bebida alcoólica, irresponsabilidade, falta de paciência ou prudência, entre diversos outros motivos.

O custo médio de um acidente automotivo é de R\$ 72,7 mil e, quando envolve vítima fatal, é de cerca de R\$ 646,8 mil (IPEA, 2015). Apenas em 2014, o Brasil despendeu mais de R\$ 40 bilhões devido a acidentes em rodovias (IPEA, 2015). Nesses valores, inclui-se despesas hospitalares, atendimento, tratamento de lesões, remoção de vítimas e perda de produção (licença ou óbito); remoção e danos dos veículos, perda de carga; atendimento, processo e danos à propriedade pública e à privada.

As políticas públicas, em linhas gerais, embora não evidente à primeira vista, são influenciadas, de forma direta, pelos efeitos/consequências da existência e uso de automóveis. Gasto público com vítimas de acidentes de trânsito internadas em hospitais conveniados ao Sistema Único de Saúde (SUS). Dispendio da Previdência Social, com aposentadorias precoces por invalidez e auxílio-doença. Perda de produtividade devido aos congestionamentos das grandes metrópoles. Gastos com a manutenção e a criação de novas rodovias, provendo uma infraestrutura adequada tanto para os cidadãos quanto para o escoamento de produção. Ora, até mesmo a quantidade de doadores de órgãos é afetada pela quantidade de acidentes automotivos.

Parcela significativa dos fatores acima elencados são causados pelo ser humano, mais especificamente, por falta de atenção do condutor de veículos ou pela falta de planejamento e infraestrutura do Estado, de maneira a prover os sujeitos de uma estrutura adequada para condução de veículos. Então, o que ocorreria caso fosse removido o fator humano dessa equação? Em outras palavras, o que deve ocorrer caso o ser humano (e todas as falhas inerentes a sua natureza) não agisse como condutor do veículo, mas sim o próprio veículo, ou melhor, o algoritmo do automóvel? Essas discussões vêm ganhando monta com o aperfeiçoamento dos carros autônomos (*driverless cars*), por parte das empresas automotivas.

Por carro autônomo, entende-se qualquer veículo que possa realizar todas as funções de direção e controle de tráfego, levando-se em consideração as condições do ambiente, sem a necessidade de nenhum *input* por parte do condutor ou apenas em

* Acadêmico do curso de Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Membro da equipe editorial da *Revista Direito e Liberdade*, publicada pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN).

situações críticas. Tal conceito será mais bem analisado na seção 2.

Com efeito, a verdadeira quebra de paradigma que será realizada com a introdução dos carros autônomos no mercado possui efeitos em todas as esferas do cotidiano do cidadão, não apenas nas políticas públicas, mas também no campo jurídico, ético, filosófico e até médico, por exemplo.

Se um carro autônomo atingir outro carro, causando um dano, quem será o responsável? O usuário? O fabricante do veículo? O fabricante do sistema, que possibilita a autonomia do automóvel? O vendedor do veículo?

Se um carro autônomo atingir um pedestre causando seu óbito, quem será responsabilizado penalmente? O usuário? O fabricante do veículo? O vendedor? Os desenvolvedores do automóvel?

Se por uma falha do veículo, o automóvel possuir apenas duas opções: (i) virar à direita, matando 3 pedestres, salvando o condutor ou (ii) virar à esquerda, matando o condutor, não causando nenhum dano aos outros três pedestres (conhecido como *trolley problem*). Qual decisão o veículo deverá tomar? Essa é uma decisão do legislador? Dos fabricantes? Do próprio usuário, responsabilizando-se por eventuais ocorrências?

Se o automóvel observar que há um animal na estrada e calcular que o atropelar é mais seguro do que fazer uma manobra que possa prejudicar o condutor, deverá atropelá-lo de qualquer forma?

Se os carros autônomos se popularizarem, será necessária a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) por parte do usuário do automóvel? As multas por infrações ainda existirão, uma vez que os próprios sistemas poderão estabelecer as normas legais ou regulamentares como limites? Será possível o *override* dessas regras em situações de emergência? Com uma visão mais otimista, seria possível, tendo em vista a pretensa segurança dos veículos, aumentar cada vez mais os limites de velocidade? Os congestionamentos ainda existirão? Os estados e municípios promoverão as mudanças, seja na sinalização, seja na própria infraestrutura das rodovias, para o uso desse tipo de veículo? O que ocorrerá com os milhares de pessoas que esperam a doação de órgãos, que são provenientes, em grande parcela, de acidentes de trânsito? Ainda será necessário o uso de seguros de carros? Um veículo desatualizado poderá circular?

São vários “e se” (*what if*) que devem ser estudados e aprofundados com a disrupção dessa nova tecnologia.

Tendo em vista a amplitude de questionamentos, por meio do método hipotético-dedutivo, delimita-se o presente estudo na análise da responsabilidade civil pelos danos causados por carros autônomos.

Para tanto, o presente artigo subdivide-se em três seções. Primeiramente, serão analisadas as *smart cities* e os carros autônomos. Serão discutidos os aspectos conceituais sobre o tema e investigada a nova era das políticas públicas e da própria forma de governar uma cidade. Em seguida, discutir-se-á a responsabilidade civil pelos danos causados por carros autônomos, seja a colisão entre veículo autônomo e comum, ou entre dois autônomos. Por fim, na próxima seção, apresentar-se-ão as conclusões que puderam ser tomadas, tendo em vista o estudo realizado.

2 As *smart cities* e os carros autônomos: aspectos conceituais

Antes de aprofundar o estudo sobre as *smart cities* e os carros autônomos, cabe, inicialmente, defini-los, deixando claro quais categorias serão trabalhadas no presente estudo, tornando possível a pesquisa que se busca empreender.

Não há um conceito homogêneo de *smart cities*, tampouco um critério claro que possa diferenciar uma *city* de uma *smart city* (COCCHIA, 2014). Estas usam a tecnologia para melhorar a qualidade de vida dos cidadãos e prover uma maior proteção ao meio ambiente. Tal critério não é satisfatório para um estudo sobre o tema. Diversos municípios no Brasil já utilizam da tecnologia para auxiliar o serviço público, como, por exemplo, a possibilidade de a população participar no Orçamento Participativo Digital, a emissão de diversos documentos por via *on-line*, o uso de câmeras para promover melhor segurança aos cidadãos. Seriam elas *smart cities* apenas por esse critério? Acredita-se que não.

A transformação em uma *smart city* não é uma escolha do Poder Público. Trata-se de um conjunto de ações, iniciativas e projetos, tanto do Poder Público quanto da iniciativa privada, na modernização da cidade. Por isso, um critério unificador não seria recomendável. Uma cidade litorânea não deve possuir o mesmo critério classificatório que uma cidade da zona industrial.

Mas, então, o que torna uma cidade inteligente? Embora não se possa definir de forma clara o conceito desse termo, pode-se apresentar três aspectos que podem ser vistos como notas caracterizadoras das *smart cities*: eficácia, importância ambiental e inovação.

Sobre esses três atributos Dameri e Rosenthal-Sabroux (2014, p. 6) anotam que:

a) "Effectiveness means the capacity of a city to supply effective public and private services to several subjects, such as citizens, companies, not-for-profit organizations; and in detail to different categories of citizens such as students, workers, elder men and women, and so on. It requires to include the subjective role of several stakeholders in the smartness definition. Therefore, a smart city is not smart for itself, but if it creates public value for people".

b) "Environmental consideration regards the increasing impact that large cities have on the environmental quality of urban areas. One of the main pillars of smarter cities is to prevent a further environmental degradation. The main impacts regard energy consumption, air and water pollution, traffic congestion, land consumption. A smarter city therefore acts to reduce all these aspects to preserve the environmental quality."

c) "Innovation means that a smart city should use all the new and higher available technologies to improve the quality of its core components, to deliver better services and to reduce its environmental impacts. Technology is therefore a central aspect of smarter city, used at the service of smart initiatives for the quality of life in city."

Desse modo, uma cidade inteligente não se limita à ideia de uma "cidade digital" (*digital city*), indo além, albergando outras dimensões, como o aspecto ambiental e a promoção de um ambiente propício à inovação. Nesse sentido, Giffinger *et al* (2007) elenca seis dimensões diferentes de uma *smart city*: *smart mobility*, *smart environment*, *smart people*, *smart living*, *smart governance*, *smart economy*. O enfoque da presente pesquisa será o primeiro aspecto: *smart mobility*.

A *smart city* não é um fim em si mesmo. Toda a modernização do espaço urbanístico deve ter como enfoque o interesse público. Busca-se, por meio do grande número de informações que circulam, provenientes de diversos sensores e pessoas, resolver problemas, sejam eles novos ou antigos (TOWNSEND, 2013, p. 12). Essas informações já existem, o que falta é um planejamento e uma rede colaborativa para que essas informações sejam compartilhadas com outros.

Exemplo disso é o aplicativo de trânsito e navegação *Waze*.

O *Waze* é um aplicativo de trânsito e navegação baseado em uma comunidade, na qual cada motorista compartilha informações, em tempo real, sobre o local em que está transitando, permitindo que outros economizem tempo e combustível. Imprevistos no trânsito (e informações sobre eles) sempre existiram. Acidentes, obras, interrupções, congestionamentos, dentre outros diversos aspectos do cotidiano do trânsito sempre foram do conhecimento dos condutores que passando pelo local de determinada obra ou acidente observaram a causa de determinado congestionamento, mas essas informações não eram compartilhadas. Quando eram, no máximo, para os familiares e colegas de trabalho. O citado aplicativo permite que essas informações sejam compartilhadas de forma pública para que, assim, uma pessoa possa verificar se a rota até o seu trabalho está com algum congestionamento e, caso esteja, o próprio *Waze* oferece uma rota alternativa com menos trânsito.

Nota-se, assim, o uso da tecnologia e de informações, com o foco no interesse público, para melhorar o trânsito. É esse o enfoque da *smart mobility*. Utilizar-se de informações para tomar decisões mais inteligentes.

Com os carros autônomos, essa modernização das cidades e do trânsito alcança um novo paradigma. Atualmente, as informações são alimentadas pelos próprios condutores, mas com esse novo tipo de automóvel os dados serão verificados pelos próprios veículos, por meio dos seus diversos sensores. Tais dados podem ser compartilhados não apenas com outros carros, mas também com o próprio Poder Público, possibilitando a diminuição dos congestionamentos.

Antes de discutir de maneira mais profunda sobre o tema, mostra-se oportuno delimitar o que seria um carro autônomo e quais seriam suas características.

Um carro automatizado (*automated car*) não equivale a um carro autônomo. Este é espécie do primeiro, que é gênero. A *National Highway Traffic Safety Administration* – NHTSA (Departamento Nacional de Segurança Viária) (2014), dos Estados Unidos, subdivide os carros automatizados em 5 espécies (*levels*): *Level 0* (sem automação); *Level 1* (automação em relação a algumas funções específicas); *Level 2* (automação em relação a funções combinadas); *Level 3* (autodireção limitada); *Level 4* (autodireção ilimitada).

Verifica-se que se trata de classificação evolutiva do automóvel sem nenhum tipo de automatização até o veículo que é todo automatizado).

Nos veículos *Level 0 (No-Automation)*, o condutor é o único que possui controle em relação aos controles primários do veículo (freio, direção, acelerador), em todos os momentos, sendo também o único responsável por monitorar as rodovias na condução do veículo. A NHTSA considera que os automóveis que oferecem auxílio para o condutor, mas não possuem nenhum controle em relação ao freio, aceleração e direção, também podem ser considerados *Level 0*. A título de exemplo, veículos equipados com sensor/câmera de ré podem ser considerados no citado tipo, uma vez que embora auxiliem o motorista, todo o controle permanece com este.

Os automóveis *Level 1 (Function-specific Automation)*, por sua vez, já possuem automação, mas ela se limita a um ou alguns controles específicos, que atuam de forma independente. O condutor possui o controle do veículo e é responsável pelo comando deste, mas tem a possibilidade de ceder controle de uma operação primária do veículo para este (controle adaptável da velocidade de cruzeiro, por exemplo), o próprio veículo pode assumir algum controle de maneira automática (como controle de estabilidade eletrônico) ou o sistema veicular pode oferecer auxílio, em relação aos controles primários, ao condutor (freio ABS, por exemplo). Ressalta-se que o auxílio oferecido ao condutor deve ser independente, isto é, sem comunicação com outras funções. Em outras palavras, nesse tipo de carro, o sistema não pode oferecer controle adaptável da velocidade de cruzeiro e auxílio de direção para que o carro se mantenha na sua faixa (*lane keeping*), de forma simultânea, possibilitando que o motorista possa remover suas mãos do volante e os pés dos pedais.

Essa limitação é superada nos veículos *Level 2 (Combined Function Automation)*. Nesses tipos de veículo, há automação de dois ou mais controles/funções do carro que trabalham de forma colaborativa e dependente, removendo a necessidade do condutor se preocupar com essas funções. Desse modo, observa-se um controle compartilhado entre o veículo e o condutor, embora ainda seja função deste último monitorar e verificar eventuais perigos na pista, estando, em todos os momentos, disponíveis para retomar o controle do veículo. Assim, seria possível que o veículo oferecesse controle adaptável da

velocidade de cruzeiro e auxílio de direção para que o carro se mantenha na sua faixa (*lane keeping*), de forma simultânea, possibilitando que o motorista possa remover suas mãos do volante e os pés dos pedais, no entanto, o condutor deve estar disponível e atento ao trânsito caso o controle seja passado do veículo para ele de modo imediato. Esse tipo de veículo já é realidade, como pode ser verificado no Tesla Model S (WIRED, 2015).

Já automóveis *Level 3 (Limited Self-Driving Automation)* possuem um nível de automação que permite que o condutor ceda o controle total de todas as funções críticas aos veículos, desde que as condições de tráfego e do ambiente permitam esse tipo de controle. O condutor deve estar disponível para eventual retomada de controle, mas essa transição não é imediata, existindo certo espaço de tempo nessa mudança. A função de monitoramento da pista não é mais do condutor como ocorre no *Level 2*, mas sim do veículo.

Por fim, têm-se os veículos *Level 4 (Full Self-Driving Automation)* que são automatizados de tal forma que o veículo possui controle de todas as funções críticas, bem como pelo monitoramento das condições da pista, por todo trajeto, que deverá ser indicado pelo usuário. Em nenhum momento, o controle do veículo será repassado a ele, permitindo, dessa forma, o uso de veículos desocupados.

No presente estudo, as investigações sobre a responsabilidade civil dos carros autônomos se limitaram aos dois últimos níveis (*Limited Self-Driving Automation e Full Self-Driving Automation*), tendo em vista que nesses dois tipos de veículos ter-se-á momentos em que o condutor não precisará realizar nenhum tipo de controle, tampouco monitorar as condições de tráfego, deixando o controle total do veículo com o sistema veicular. Com isso, surgem alguns questionamentos que serão analisados na próxima seção, os quais podem ser resumidos em uma indagação: se um automóvel autônomo atingir algo ou alguém, sem qualquer intervenção do condutor, quem será o responsável na seara cível? O condutor ou o fabricante?

3 A responsabilidade civil por danos causados por carros autônomos

Mesmo após diversos avanços, ainda existirão acidentes envolvendo carros autônomos. A pergunta

não é se ocorrerá, mas sim *quando* e a *gravidade* dos danos. Não há um algoritmo perfeito que informe todas as possíveis condições que o veículo enfrentará. Os acidentes de trânsito, com o passar do tempo e o devido aprendizado (*machine learning*), tenderão a diminuir, sobretudo considerando que se trata de uma inovação que está começando a ser aperfeiçoada pelas empresas do setor, e até o ponto da perfeição (partindo da premissa que isso seja possível) ainda haverá diversas ocorrências e imprevistos.

É nesse contexto que o estudo sobre a responsabilidade civil apresenta sua relevância.¹

O ordenamento jurídico do Brasil, bem como de grande parcela das nações, não está preparado para essas situações jurídicas.

A legislação atinente à responsabilidade civil e o Código de Trânsito Brasileiro – CTB, naturalmente, possuem como foco o ser humano, ou melhor, a conduta humana. No Código Civil, o enfoque repousa no autor (“aquele” – art. 927; “autor” – art. 935, por exemplo) e no CTB, o sujeito das medidas é o condutor (“o condutor deverá” – art. 28, por exemplo). Então, como a legislação será aplicada com a implementação dos carros autônomos? Quem será o responsável em uma colisão entre um veículo autônomo e um veículo comum? Quem será o responsável no caso de uma colisão entre dois veículos autônomos? Tais questionamentos serão discutidos na presente seção.

Consigna-se, de início, que tendo em vista essa abordagem legislativa, voltada ao ser humano, de acordo com a legislação brasileira vigente, não é possível o uso de carro autônomo em vias públicas. Não há proibição expressa e clara (“É proibido o uso de carros autônomos em vias terrestres no território nacional”, por exemplo) sobre esse assunto, mas essa conclusão pode ser inferida a partir de uma interpretação sistemática do CTB.

O art. 28 do Código de Trânsito Brasileiro dispõe que “o condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito.” O art. 29, inciso II, também nesse sentido, informa que, no trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação, o

[...] condutor deverá guardar distância de segurança lateral e frontal entre o seu e os demais veículos, bem como em relação ao bordo da pista, considerando-se, no momento, a velocidade e as condições do local, da circulação, do veículo e as condições climáticas [...].

A não ser que seja feita uma interpretação evolutiva para que no conceito de “condutor” seja albergado os sistemas veiculares, o que não se sustenta após uma interpretação sistemática, vislumbrando-se a impossibilidade do uso de carros autônomos no Brasil em vias públicas.

Se o condutor deve, a todo momento, ter domínio de seu veículo, os automóveis *Level 3* e *4*, que possibilitam, momentaneamente e permanentemente, em ordem respectiva, o controle total do veículo sem a necessidade do domínio por parte do motorista, não podem circular no território nacional, sendo possível apenas os veículos *Level 0*, *1* e *2*.

Desse modo, para fins acadêmicos, de forma que seja possível a responsabilidade civil dos envolvidos, será necessário partir da premissa que o CTB deverá sofrer alterações significativas de forma a permitir a circulação de veículos autônomos no Brasil.

Pois bem, aceito que será realizada essa modificação, volta-se a pergunta inicial: quem será o responsável em uma colisão entre um veículo autônomo e um veículo comum? Depende da situação. O fato de o veículo ser autônomo não exime a necessidade de investigação sobre o ocorrido, de maneira a presumir *in re ipsa* a culpa deste. Embora com a diversidade de dados provenientes dos sensores do automóvel facilite a investigação da ocorrência, ainda será necessária uma análise da culpa dos envolvidos.

E se a culpa for devidamente comprovada ser do veículo autônomo, sem o controle do condutor? A culpa, na seara cível, será do condutor ou do fabricante? Parece-nos mais recomendável que a responsabilidade seja do fabricante, levando em consideração a teoria do risco.

Segundo a teoria do risco,

¹ No campo da responsabilidade penal, do ponto de vista tão somente do condutor, não há grandes discussões. Se, no momento do acidente, o sistema veicular é o responsável pelo controle e monitoramento das condições do trânsito (como ocorre nos veículos *Level 4*), não existe culpabilidade que justifique a punição do condutor. Embora alguns possam argumentar que seja uma espécie de dolo eventual ou culpa consciente, o que merece maiores discussões. Afinal, o ordenamento jurídico penal do Brasil não admite a responsabilidade objetiva. Desse modo, os principais questionamentos deverão ser direcionados às pessoas jurídicas que fabricam os veículos ou os desenvolvedores do sistema veicular pela autonomia do carro e como o sistema jurídico poderá sancioná-los.

[...] todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 152.)

Nesse sentido, Cretella Júnior (1992, p. 1.019) destaca que: “a culpa é vinculada ao homem, o risco é ligado ao serviço, à empresa, à coisa, ao aparelhamento”. Por isso, a “culpa é pessoal, subjetiva; pressupõe o complexo de operações do espírito humano, de ações e reações, de iniciativas e inibições, de providências e inércias”. Assim, o “risco ultrapassa o círculo das possibilidades humanas para filiar-se ao engenho, à máquina, à coisa, pelo caráter impessoal e objetivo que o caracteriza”.

No caso dos carros autônomos, nota-se mais especificamente a existência do risco proveito. Segundo a teoria do risco proveito, o responsável pela reparação do dano deve ser aquele que retirou proveito ou vantagem do fato lesivo, de tal forma que “quem colhe os frutos da utilização de coisas ou atividades perigosas deve experimentar as consequências prejudiciais que dela decorrem” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 153). Os fabricantes dos carros autônomos retiram proveito econômico direto pela venda dos veículos, sendo assim possível a aplicação da teoria vertente.

Nesse mesmo sentido, o art. 931 do Código Civil informa que:

Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Relevante registrar, no entanto, que o carro autônomo é formado por *hardware* e *software* (THOMOPOULOS; GIVONI, 2015, p. 4). O primeiro é o veículo em si, é o conjunto de peças que formam o carro e possibilitam a automação desejada. O segundo é a tecnologia que racionaliza o uso dessas peças, tornando-se possível que os algoritmos façam as devidas decisões, de acordo com cada situação.

Há indicações de que a maioria dos fabricantes (Google, Volvo, Mercedes-Benz, Audi, Tesla, Delphi Automotive, Nissan, Bosch, por exemplo) serão responsáveis pela criação e fabricação de ambos, de tal forma que a diferenciação para fins de

responsabilização seria irrelevante. No entanto, caso as empresas responsáveis pela criação destes sejam diferentes, será importante uma investigação da causa do acidente, de forma a responsabilizar o devido fabricante, seja ele do *hardware* ou do *software*.

A situação é ainda mais complicada no caso de uma colisão entre dois veículos autônomos. Em tese, ambos os veículos estarão atuando de acordo com os seus respectivos algoritmos e de maneira correta em relação ao ordenamento jurídico, mas, se por algum motivo, ocorreu uma colisão, como proceder?

Não há uma resposta adequada. É possível a realização de uma perícia dos dados provenientes dos sensores para que seja verificado eventual responsável pela colisão. Um carro autônomo da fabricante A poderá ter aprendido (*machine learning*) determinada manobra que o carro autônomo do fabricante B ainda não aprendeu, o que ocasionou a colisão. Diante dessa situação, a responsabilidade será do fabricante B. Ocorre que, em casos concretos, essa situação não é tão clara. Cada fabricante, sobretudo diante do *marketing* que será necessário para a popularização desse tipo de veículo, afirmará que o seu veículo é o mais seguro, de forma que é provável que tais situações precisem ser solucionadas pelo Poder Judiciário.

Uma solução para essa situação que, *a priori*, pode parecer ingênua e ser mais um remédio mais político do que jurídico, é um acordo de cavalheiros (*gentlemen's agreement*) entre os fabricantes.

A tecnologia dos carros autônomos é evolutiva, cada situação apresentada será utilizada para o aperfeiçoamento do veículo (*machine learning*), de modo que será natural colisões na introdução dos veículos ao mercado. Os fabricantes, considerando a natureza dessa tecnologia, poderiam, por exemplo, acordar que no período de cinco anos, contados a partir da introdução dos seus respectivos veículos ao mercado consumidor, todas as colisões entre estes presumir-se-ão com “culpas”, ou melhor, “riscos” recíprocos, de tal modo que cada fabricante será o responsável apenas pela reparação de danos dos seus respectivos clientes.

Sobreleva ressaltar, nesse contexto de inovação (MONTE-SILVA; DANTAS, 2013), que o Direito e o próprio Estado não devem ser um obstáculo para a inovação (SILVA; GUIMARÃES, 2015), mas sim como um meio de incentivar a colaboração e a criação por parte dos cidadãos.

4 Conclusão

Por todo o exposto, observou-se que a criação de uma nova tecnologia, por demais disruptiva que seja, como ocorre no caso dos carros autônomos, pressupõe a necessidade de suporte no que se refere à infraestrutura (condições urbanas para a circulação dos veículos), sistema legal (permissão da circulação e todos os aspectos relativos às colisões, por exemplo), apoio político (serão necessárias diversas políticas públicas para uma adequação das cidades para esse tipo de carro), aceitação social (as pessoas, além de terem condições de comprar os veículos, devem confiar na segurança e no controle do sistema veicular), dentre outros diversos fatores que serão necessários para a implementação e popularização dos carros autônomos, tanto no Brasil como em outros diversos países.

Conforme visto, essa inovação traz muitas perguntas e poucas respostas. Isso não ocorre por ausência de referencial teórico, mas sim por serem propriamente decisões do legislador, fabricante e usuário, de forma conjunta. O *trolley problem*, exposto na introdução do presente estudo, por exemplo, não possui uma solução, uma resposta pronta para a situação apresentada. Alguns afirmarão que, diante da situação apresentada, preferem que o motorista sobreviva e os três pedestres morram, sobretudo considerando que a pessoa que responde essa pergunta poderá ser também motorista do veículo. Outras, adotando uma posição utilitarista, responderão que os três pedestres devem sobreviver, enquanto o condutor deverá morrer, uma vez que, segundo essa vertente, três vidas seriam mais valiosas do que apenas uma.

Por fim, limitou-se a pesquisa ao estudo da responsabilidade civil por danos causados por carros autônomos. Observou-se que, no caso de colisão entre um veículo autônomo e um veículo comum, ainda será necessário analisar o caso concreto para verificação do responsável. O fato de o veículo ser autônomo não exime a necessidade de investigação sobre o ocorrido, de maneira a presumir-se *in re ipsa* a culpa deste. No caso de culpa do veículo autônomo, o responsável será o fabricante do veículo, do *software* ou *hardware*, a depender do vício, tendo em vista a teoria do risco proveito.

Além disso, no caso da colisão de veículos autônomos, afirmou-se que também será necessária

a análise da situação jurídica. Sugeriu-se que as empresas do ramo automotivo firmem um acordo de cavalheiros (*gentlemen's agreement*), por determinado espaço de tempo, considerando a natureza evolutiva da tecnologia ora em discussão e pela própria necessidade de aprendizado das máquinas (*machine learning*), de acordo com as situações em que serão necessárias tomadas de decisões mais drásticas.

Referências

BRASIL. Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. *Diário Oficial da União*. Brasília: 2007

_____. Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COCCHIA, Annalisa. Smart and Digital City: A Systematic Literature Review. In: DAMERI, Renata Paola; ROSENTHAL-SABROUX, Camille (Eds.) *Smart City: How to Create Public and Economic Value with High Technology in Urban Space*. Springer: 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

GIFFINGER, R.; FERTNER, C.; KRAMAR, H.; KALASEK, R.; PICHLER-MILANOVI, N. , e MEIJERS, E. (2007). *Smart cities: ranking of European medium-sized cities*. Centre of Regional Science (SRF). Vienna University of Technology, Vienna, Austria. Disponível em: <http://www.smart-cities.eu/download/smart_cities_final_report.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2016.

GLOBO. *Com aumento de frota, país tem 1 automóvel para cada 4 habitantes*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/03/com-aumento-da-frota-pais-tem-1-automovel-para-cada-4-habitantes.html>>. Acesso em: 7 jan. 2016.

IPEA. *Acidentes de trânsito nas rodovias federais brasileiras: caracterização, tendências e custos para a sociedade*. Relatório de Pesquisa. Brasília: IPEA, 2015.

MONTE-SILVA, Lucas do; DANTAS, Thomas Kefas de Souza. *Incentivos Públicos à Inovação: Análises, Críticas e Proposições*. Geintec – Gestão, Inovação e Tecnologias, v. 3, n. 3, pp. 221-234, 2013.

NHTSA. *Automated Vehicles Policy*. Disponível em: <http://www.nhtsa.gov/staticfiles/rulemaking/pdf/Automated_Vehicles_Policy.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2016.

SILVA, Lucas do Monte; GUIMARÃES, Patricia Borba Vilar. Law and Innovation Policies: An Analysis of the Mismatch between Innovation Public Policies and Their Results in Brazil. *Law and Development Review*, v. 8, pp. 1-56, 2015.

THOMOPOULOS, N. e GIVONI, M. (2015). The autonomous car — a blessing or a curse for the future

of low carbon mobility? An exploration of likely vs. desirable outcomes. *European Journal of Futures Research*, v. 3, n. 14.

TOWNSEND, Anthony M. *Smart cities: big data, civic hackers, and the quest for a new utopia*. WW Norton & Company, 2013.

WIRED. *Tesla self driving over air update live*. Disponível em: <<http://www.wired.com/2015/10/tesla-self-driving-over-air-update-live/>>. Acesso em: 9 jan. 2016.

Responsabilidade civil dos provedores de internet e a proteção da imagem

Leonardo Estevam de Assis Zanini*

Resumo

O presente artigo analisa o quadro atual do direito à imagem diante da sociedade da informação. Distingue entre a responsabilidade por ato próprio e por ato de terceiro no que toca à colocação de conteúdo indevido na internet. Destaca que existem várias espécies de provedores de internet, existindo, igualmente, distinções no que toca à responsabilidade civil dos diversos provedores de internet: provedor de *backbone*, provedor de acesso, provedor de hospedagem, provedor de conteúdo, provedor de busca ou pesquisa e provedor de correio eletrônico. O texto estuda a responsabilidade civil dos provedores antes e depois da Lei 12.965/2014, incluindo as exceções feitas pela Lei 12.965/2014 ao regime geral de responsabilização dos provedores, ou seja, os direitos autorais e a pornografia de vingança.

Palavras-chave: Direito à imagem. Direitos da personalidade. Responsabilidade civil. Internet. Provedores.

1 Introdução

A sociedade da informação provocou o surgimento de reflexões angustiantes e intrigantes, causando grande impacto no âmbito dos direitos da

personalidade¹, particularmente no que toca ao direito à imagem. As inovações são tantas que, se lermos uma matéria da década passada em uma revista dedicada à tecnologia e fizermos uma comparação com os avanços disponíveis na atualidade, ficaremos com a impressão de que o texto analisava aparelhos com mais cem anos.

Com isso, é evidente que um tratamento completo dos problemas que envolvem o direito à imagem no âmbito da sociedade da informação é praticamente impossível, particularmente se considerarmos os novos desenvolvimentos que surgem todos os dias.

Diante disso, procuraremos realizar uma análise dos principais aspectos jurídicos ligados à evolução da técnica, que serão suficientes para traçar um panorama geral da situação atual do *ius imaginis* em face da sociedade da informação, o que também permitirá a construção de soluções para as constantes novidades que surgirão em função do desenvolvimento tecnológico.

De qualquer modo, é importante frisar que, se considerarmos tal área do Direito como uma reação às novas possibilidades técnicas surgidas, de plano já ficará evidente que a matéria ainda está em plena construção, não havendo, no momento, uma estabilidade desejável no que toca à produção normativa, doutrinária e jurisprudencial².

2 Internet e Direito

A temática tem como ponto de partida o desenvolvimento de vários aspectos tecnológicos, entre os quais podemos destacar a computação, a eletrônica, as telecomunicações, as redes de computadores, a telefonia celular, bem como as máquinas fotográficas e as câmeras de vídeo digitais, que acabaram substituindo as analógicas e permitem uma perfeita conexão com o mundo virtual. Sem que tivéssemos tais avanços, não teriam surgido nem a

* Livre-docente em Direito Civil pela USP (2017). Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutor em Direito Civil pela USP (2013), com estágio de doutorado na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP (2010). Bacharel em Direito pela USP (2000). Juiz federal. Professor universitário. Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Pesquisador do grupo Direito e Desenvolvimento Público da Universidade de Araraquara (Uniará). Autor de livros e artigos publicados nas áreas de Direito Civil, Direitos Intelectuais, Direito do Consumidor e Direito Ambiental. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da Capes. Foi delegado de Polícia Federal (2002-2005). Foi procurador do Banco Central do Brasil (2002). Foi defensor público federal (2002). Foi diretor da Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul (2006-2011). Foi diretor acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo (2012-2014).

¹ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Direitos da personalidade: o art. 20 do Código Civil e a biografia de pessoas notórias. In: CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 128.

² FECHNER, Frank, *Medienrecht*, p. 346.

chamada sociedade da informação nem os problemas jurídicos dela decorrentes, o que certamente era inimaginável na década de 1970.

A internet, com o desenvolvimento da tecnologia de redes de computadores, foi ganhando cada vez mais relevância³. No entanto, num primeiro momento, muitos consideraram que os conflitos surgidos nos meios virtuais não eram atribuição dos Estados, pois a internet seria um território livre. Também se pugnou pela resolução de conflitos em ambiente virtual, por meio de tribunais arbitrais, sem vinculação ou influência dos Estados.

Todavia, no final das contas, chegou-se felizmente à conclusão de que o meio virtual da internet não podia ser considerado um território livre⁴. Foi rejeitada a ideia de que “esse meio de comunicação é ‘terra de ninguém’, zona neutra a afastar direitos subjetivos de terceiros, seja os de personalidade, seja direitos autorais”⁵.

Aliás, esse posicionamento também se deve à ampliação do comércio eletrônico, que certamente transformou a liberdade e a privacidade na internet, visto que, ao lado da criação de tecnologias de identificação e de vigilância⁶, fez-se igualmente necessária a regulamentação dessa atividade, que não poderia ficar isenta de controle estatal. E tal ampliação do comércio eletrônico também está associada a uma verdadeira transformação comportamental, uma vez que muitas relações interpessoais, até então praticadas em ambiente real, passaram a ser realizadas em ambiente virtual.

Desse modo, tudo que ocorre no ambiente digital está sujeito ao ordenamento jurídico, tanto que no Brasil, depois de mais de uma década de decisões judiciais embasadas em princípios e disposições gerais, foi promulgada a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, chamada de Marco Civil da Internet.

3 A imagem em ambiente virtual

A proteção da imagem em ambiente virtual, particularmente a sua publicação na internet, é um tema bastante atual e tem uma imensa repercussão em nossa sociedade. Diariamente são compartilhadas milhões de imagens e vídeos na internet, especialmente em redes sociais, as quais ficam acessíveis a um número incalculável de pessoas⁷. O tempo de utilização de computadores e celulares pelas pessoas também tem aumentado vertiginosamente, o que redobra a importância de todo o material lançado no mundo virtual. Ainda, deve-se notar que o percentual da população brasileira e mundial que utiliza a internet vem aumentando, tendência que deve continuar sendo seguida nos próximos anos.

De qualquer modo, tratando-se de tutela *on-line* ou *off-line* do direito à imagem, o ponto de partida será o mesmo, ou seja, a Constituição e o Código Civil, não havendo que se falar, em linhas gerais, em construções muito especiais para a salvaguarda do *ius imaginis* em redes de computadores⁸.

Aliás, isso não poderia ser diferente, pois o fato de uma imagem ter sido colocada na internet não significa que ela está livre de tutela jurídica. De fato, as imagens colocadas na internet, especialmente em serviços de compartilhamento de fotos como o Instagram, Flickr, Imgur ou Snapchat, não são um repositório gratuito de arquivos, passível de utilização por qualquer pessoa a seu bel prazer⁹.

Nesse contexto, reconhecida a proteção legal e afastada a existência de particularidades relevantes no tratamento da matéria, é certo que o mundo virtual

³ É importante deixar claro que, quando falamos em redes de computadores, tal expressão não se limita à internet, existindo várias outras redes, como é o caso da rede de computadores de uma determinada empresa, conhecida como intranet. De qualquer forma, dentre as redes de computadores, a internet é, sem dúvida, a mais importante e a mais conhecida (FECHNER, Frank, *Medienrecht*, p. 347).

⁴ HELLE, Jürgen. *Persönlichkeitsverletzungen im Internet. Juristenzeitung*, v. 57, n. 12, jun. 2002, pp. 593-601

⁵ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Direitos da personalidade: o art. 20 do Código Civil e a biografia de pessoas notórias. In: CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 148.

⁶ GRECO, Rogério. *Comentários sobre o crime de invasão de dispositivo informático - art. 154-A do Código Penal*. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2183>>. Acesso em: 14 jan. 2016.

⁷ A título de exemplo, o compartilhamento diário de fotografias, somente no Facebook, supera 250 milhões (TOURINÓ, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet*. Madrid: Catarata, 2014, p. 83).

⁸ GOUNALAKIS, Georgios. *Persönlichkeitsschutz im Internet*. München: C.H. Beck, 2002, p. 35.

⁹ TOURINÓ, Alejandro, *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet*, p. 83.

cria um risco suplementar de atentado ao direito à imagem, uma vez que pode gerar danos em larga escala, em velocidade nunca antes imaginada e de contenção bastante difícil.

De fato, hoje qualquer um pode, sem maiores dificuldades, se conectar à internet e ter acesso, como remetente ou como destinatário, a uma infinidade de informações, que podem ser muito proveitosas, mas também podem conter as mais variadas formas de lesão a direitos da personalidade, afetando particularmente a privacidade, a honra e a imagem das pessoas. Graças à onipresença da internet, as possibilidades de ofensa alcançaram novas dimensões nunca antes consideradas¹⁰.

Desse modo, diante dos questionamentos acerca da responsabilidade civil na rede, traremos a lume a questão da publicação de imagens sem consentimento no âmbito da internet, tema que envolve simplesmente a responsabilidade por ato próprio. Também analisaremos a figura do provedor e sua responsabilização, visto que, muitas vezes, em face de um ato de terceiro, há uma espécie de contribuição do provedor para a ocorrência das lesões ao direito à imagem.

4 A publicação não consentida de imagens em redes de computadores

Em relação à publicação de imagens em redes de informática, o problema de mais fácil resolução diz respeito à responsabilização daqueles que publicam imagens sem o consentimento das pessoas fotografadas ou filmadas. É a situação mais comum de ilícito cometido no âmbito digital contra o *ius imaginis*. Como regra, a responsabilidade deve ser atribuída ao próprio internauta que perpetrou a conduta ilícita, mesmo porque constitui um caso de responsabilidade por ato próprio, ou seja, “decorrente da atividade do próprio sujeito a quem é imposta a obrigação de indenizar”¹¹.

Ora, o nosso ordenamento jurídico tutela a imagem de forma autônoma, independentemente da lesão a qualquer outro direito. A autorização é exigida

ainda que se trate meramente de um retrato, que não tenha nenhuma relação com a esfera privada da pessoa. Assim sendo, a utilização não autorizada da imagem alheia no ambiente virtual, salvo casos excepcionais, gera a responsabilização do autor do ato ilícito.

A questão tem ganhado recentemente grande relevância, sendo muito comum a divulgação de fotos e vídeos de pessoas vítimas de acidentes ou de atentados terroristas, de pessoas que cometeram ou tentaram cometer suicídio, bem como de restos mortais de um indivíduo. Além disso, em virtude de crimes virtuais ou mesmo de furto ou roubo de equipamentos que guardam fotos ou vídeos, muitas pessoas veem as imagens ali contidas serem publicadas na internet, particularmente em redes. Outros ainda veem fotos e vídeos íntimos vazarem na rede mundial de computadores em função de vingança de ex-companheiro.

Todavia, afora essa plêiade de problemas envolvendo a publicação de imagens e vídeos, chamou-nos atenção, pela sua originalidade, um caso ocorrido na Argentina, que colocou em evidência a tutela autônoma do direito à imagem também nos ambientes digitais.

No início de 2012 uma página na internet incluiu fotografias de mulheres desconhecidas, com idade entre vinte e trinta anos, tiradas no interior de ônibus. As fotografias foram publicadas com a indicação da linha do ônibus onde foram tiradas e tinham, segundo seu criador, finalidade artística¹².

Ocorre que as imagens foram captadas, em muitos casos, sem que as garotas notassem e sem o seu consentimento. Ademais, as fotos expostas na internet foram posteriormente apresentadas em uma galeria de arte em Palermo, o que provocou a reação de alguns grupos feministas, que denunciaram a situação como uma manifestação de violência de gênero¹³.

Diante do caso, que ficou conhecido como “*Chicas Bondi sin pose y sin permiso*”, a Defensoria Pública de Buenos Aires considerou que havia sido afetada a privacidade e a intimidade das jovens retratadas e ainda destacou a “violência simbólica” exercida sobre elas, visto que tiveram sua imagem exposta e a sua

¹⁰ HELLE, Jürgen. *Persönlichkeitsverletzungen im Internet*. Juristenzeitung, v. 57, n. 12, , jun. 2002, pp. 593-601.

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 207.

¹² TOMELO, Fernando. *Redes sociales y tecnologías 2.0*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2014, p. 148.

¹³ TOMELO, Fernando, *Redes sociales y tecnologías 2.0*, p. 148.

inação poderia indicar estarem “disponíveis”. Ademais, acrescentou que a imagem é um dado pessoal que permite a identificação da pessoa, o que deve ser tratado segundo as disposições jurídicas em vigor¹⁴.

Pois bem, tal caso coloca em evidência, a nosso ver, tão somente a proteção do direito à imagem, pois a tomada de simples fotos no interior de um ônibus muito dificilmente poderia ser considerada como uma violação do direito à vida privada e muito menos da intimidade. O problema está mesmo na falta de consentimento para a realização das fotos e sua posterior publicação na internet, o que se agrava pelo fato de que as fotos podem ser disseminadas na rede com efeito viral e ainda por não existir nenhum permissivo para a conduta. Também não pode seu autor alegar que as imagens relatam acontecimentos de interesse público ou que a finalidade artística sobrepõe o direito à imagem das moças retratadas.

Por conseguinte, do caso exposto, verifica-se que também no ambiente digital, particularmente na internet, a tutela autônoma da imagem encontra sistemática praticamente igual à do mundo não virtual, havendo apenas diferença no que toca ao suporte físico das imagens, o que nos permite reafirmar a responsabilidade por ato próprio das pessoas que publicam imagens sem consentimento ou justificativa plausível.

5 Considerações gerais acerca dos provedores

Os conflitos surgidos no meio digital da internet envolvem, em muitos casos, não somente o ofensor e a vítima, mas também podem decorrer de conduta de um provedor. Assim, a compreensão das atividades desenvolvidas pelos provedores, bem como seus contornos técnicos, são fundamentais para o delineamento completo do sistema de responsabilização civil a ser aplicado¹⁵.

Os provedores desenvolvem atividades bastante diversas, defluindo daí distintas categorias de provedores, que logicamente assumem responsabilidade diferente em função da amplitude

de sua participação para a violação de direitos da personalidade¹⁶. Em uma acepção genérica, pode-se definir o provedor como a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da internet, ou por meio dela. No entanto, deve-se lembrar que a expressão provedor constitui um gênero que comporta várias espécies¹⁷.

De fato, a classificação dos provedores de internet em distintas categorias é um tema bastante polêmico em nosso País. Apesar das divergências, podemos considerar que a expressão provedor de serviços é genérica, abrangendo as seguintes espécies: provedor de *backbone*, provedor de acesso, provedor de hospedagem, provedor de correio eletrônico, provedor de conteúdo, provedor de informação¹⁸ e provedor de busca. E não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao analisar casos envolvendo danos causados por meio da internet, senão vejamos:

Os provedores de serviços de internet são aqueles que oferecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de *backbone* (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores *backbone* e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web¹⁹.

Nessa senda, em linhas gerais, tratando-se de conteúdo próprio ou direto, isto é, elaborado pelo

¹⁴ *Ibidem*, p. 149.

¹⁵ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 793.

¹⁶ HETMANK, Sven, *Internetrecht*, p. 181.

¹⁷ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 19.

¹⁸ LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2.592, 6 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17128>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

¹⁹ Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.316.921/RJ. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJE 29/06/2012.

próprio pessoal da empresa que administra o provedor, estaremos diante de um provedor de informação, que poderá ser responsabilizado objetivamente como autor da ofensa. É o caso do provedor que elabora noticiário eletrônico, difunde notícias, apresenta comentários e eventualmente veicula imagens de terceiros sem autorização, que logicamente estará sujeito ao pagamento de indenização.

A Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) trata, em seu art. 5º, particularmente de dois tipos de provedores, isto é: aqueles dedicados a prover o acesso à internet e aqueles que disponibilizam as mais diversas aplicações ou funcionalidades na rede (e.g. armazenamento de dados, serviços de mensagens eletrônicas, acesso a informações e disponibilização de conteúdos)²⁰. Assim sendo, a partir de sua entrada em vigor, a temática da responsabilidade civil dos provedores passou a contar com previsão normativa, ficando afastadas as construções doutrinárias ou jurisprudenciais em sentido contrário.

Apesar disso, antes de examinarmos a responsabilidade de cada tipo de provedor diante da Lei 12.965/2014, parece-nos salutar uma breve menção das discussões e soluções propostas anteriormente à entrada em vigor do Marco Civil da Internet.

6 A responsabilidade civil dos provedores antes da Lei 12.965/2014

Antes da Lei 12.965/2014 a jurisprudência brasileira era bastante inconstante, mas chegou a construir três posicionamentos preponderantes sobre a responsabilidade civil dos provedores.

O primeiro deles no sentido de que o provedor não responde pelos atos de seus usuários. Tal posicionamento encontra respaldo em decisões que identificam a figura do provedor como mero intermediário entre o usuário que causou a ofensa e a vítima do dano. Como não haveria conduta do provedor, não estaríamos diante de responsabilidade deste pela conduta de outrem, cabendo ao provedor

apenas colaborar com a vítima para a identificação do agente causador do dano²¹.

Um segundo entendimento considera existir responsabilidade objetiva do provedor, não havendo que se falar na necessidade da existência do elemento culpa, o que poderia ser fundamentado no conceito de risco da atividade desenvolvida (art. 927, parágrafo único, do Código Civil)²² ou no de defeito da prestação do serviço em uma relação de consumo.

Por outro lado, considerando as situações em que não há interferência no conteúdo que o usuário coloca na internet, uma terceira concepção defende que a responsabilidade dos provedores somente terá lugar se ocorrer alguma modalidade de culpa. Partindo desse ponto de vista, existem aqueles que entendem já existir a responsabilidade após o provedor ter tomado ciência do conteúdo lesivo e não ter tomado providências para sua retirada. Outros aduzem que o provedor somente poderá ser responsabilizado em caso de não cumprimento de decisão judicial determinando a retirada do material ofensivo da internet²³.

Havia então uma ampla gama de entendimentos dos tribunais acerca da responsabilização dos provedores. Era bastante controvertida e difundida a concepção que considerava que o provedor deveria fiscalizar, monitorar e filtrar os conteúdos colocados na rede por seus usuários. Desse modo, como ele viabilizava tecnicamente a atividade do internauta e se beneficia economicamente ao fornecer os serviços, também seria responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos direitos da personalidade. Nessa linha, o provedor seria tão responsável quanto os internautas que divulgam informações e imagens ofensivas à personalidade alheia, pelo que muitos

²⁰ ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 819.

²¹ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 794.

²² Art. 927, parágrafo único, do Código Civil: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

²³ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 793.

julgados consideraram se tratar de uma hipótese de responsabilidade objetiva.

Posteriormente, o rigorismo da solução suprarreferida, que era muito acolhida, foi abrandado, entendendo o Superior Tribunal de Justiça que não cabe ao provedor o exame prévio de todo o conteúdo do material que transita pelo *site*, já que apenas disponibiliza as informações inseridas por terceiros. Assim sendo, não haveria que se falar em responsabilidade objetiva pelo conteúdo ilegal, visto que não se pode obrigar o provedor a exercer monitoramento prévio das informações veiculadas por terceiros, o que, em realidade, inviabilizaria a atividade econômica em questão.

Considerou-se então que a atividade de monitoramento prévio não se coadunava com o serviço prestado pelo provedor, motivo pelo qual a ausência de tal fiscalização não poderia ser tida como falha do serviço. Ainda, firmou-se entendimento, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que somente poderia haver responsabilidade objetiva se a atividade desenvolvida apresentasse um risco extraordinário e próprio da conduta em questão, o que não era o caso das atividades realizadas pelos provedores de serviço²⁴.

Ademais, houve uma estabilização da jurisprudência, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, a partir do momento em que o provedor tomasse conhecimento da existência de conteúdo ilegal, deveria promover a sua remoção imediata²⁵, senão poderia ser responsabilizado pelos danos daí decorrentes. É dizer: a simples notificação de conteúdo inadequado apontada por usuários seria suficiente, em quaisquer casos, para a responsabilização do provedor²⁶. E, em função dessa

responsabilidade, deveria o provedor dispor de meios que permitissem a identificação dos usuários, de forma a coibir o anonimato, sob pena de ser responsabilizado subjetivamente por culpa *in omittendo*.

Esse era o quadro instalado na jurisprudência brasileira até o advento do Marco Civil da Internet.

7 A Lei 12.965/2014 e a responsabilidade civil dos provedores

O regime da responsabilidade civil dos provedores, que até então vinha sendo delineado pela jurisprudência, sofreu sensível alteração com a entrada em vigor da Lei 12.965/2014. No que toca aos ilícitos praticados pelos usuários da rede de computadores, não há responsabilidade do provedor, cabendo então a responsabilização dessas pessoas por seus próprios atos, em especial quando há lesão ao direito à imagem. Por outro lado, apesar de a legislação ter criado uma espécie de filtro, limitando os casos de responsabilidade, ainda assim é possível, excepcionalmente, a responsabilização dos provedores por atos próprios ou por atos praticados pelos usuários.

Entretanto, apesar das afirmações supramencionadas, é certo que cada espécie de provedor está submetida a determinadas particularidades ligadas justamente à sua forma peculiar de atuação, o que gera diferenciações no que toca à responsabilidade civil, matéria que analisaremos a seguir.

7.1 Responsabilidade do provedor de *backbone*

O provedor de *backbone* (espinha dorsal) é a pessoa jurídica que possui infraestrutura de rede com capacidade para a movimentação de grande volume de dados, tendo a função precípua de interligar os demais provedores ao sistema da rede mundial de computadores. As relações jurídicas entabuladas por este tipo de provedor dizem respeito apenas aos demais provedores de internet, particularmente os de hospedagem e acesso, não existindo vínculo jurídico, como regra, entre o provedor de *backbone* e os usuários finais da internet²⁷.

²⁴ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 798.

²⁵ De um modo geral, as decisões tem determinado que a remoção do conteúdo ocorra de forma imediata ou dentro de 24 a 72 horas (PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2013, p. 417).

²⁶ Nesse mesmo sentido, assevera Cintia de Lima, acerca do conteúdo gerado por terceiros antes do Marco Civil da Internet, que “a sólida jurisprudência do STJ já tinha consolidado o entendimento que para serem responsabilizados bastava a ciência aos provedores que poderia ser feita pela própria vítima” (LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de

internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, p. 157, jan./dez. 2015.

²⁷ LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2592,

Com isso, considerando que os provedores de *backbone* estabelecem relações jurídicas com outros provedores e não diretamente com os finais usuários da internet, não será possível a sua responsabilização por ilícito praticado por usuário final da internet. Assim, em caso de violação ao direito à imagem, a conduta eventualmente exigível desse tipo de provedor seria apenas a identificação de provedores para os quais fornece seus serviços, cabendo a esses provedores a identificação e a localização de eventuais usuários que estiverem praticando conduta ilícita na rede de computadores.

Desse modo, não há que se falar em responsabilidade do provedor de conexão (*backbone*) por criação de conteúdo ou armazenamento de dados e informações, o que inclusive conta com previsão expressa do art. 18 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet): “O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”.

Por conseguinte, em caso de violação do direito à imagem por usuário final da internet (“por terceiros”), por expressa disposição legal, o provedor de *backbone* não poderá ser responsabilizado, visto que sua atuação se resume a simplesmente garantir o acesso à internet aos demais provedores.

7.2 Responsabilidade do provedor de acesso

A conexão à internet do usuário final ou de outros provedores é feita através do serviço dos provedores de acesso (*access provider*), que possibilitam “o acesso à internet, geralmente através de uma conexão a um *backbone*”²⁸. São esses provedores que fornecem o endereço eletrônico da conexão, chamado de IP (*internet protocol*), que permite a individualização do terminal de acesso e a identificação dos usuários da internet²⁹.

6 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17128>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

²⁸ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, p. 162, jan./dez. 2015.

²⁹ A definição de conexão à internet é dada pelo art. 2º, V do Marco Civil da Internet: “V – conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP”.

Em função de sua atuação, é certo que os provedores de acesso não controlam o conteúdo das informações disponibilizadas na rede pelos usuários finais do serviço de conexão. De fato, por prestarem serviços meramente de conexão, agem apenas como intermediários de acesso à internet³⁰.

Com isso, não podem ser responsabilizados pelo fato de usuários colocarem imagens não autorizadas à disposição na internet, mesmo porque não podem impedir que o conteúdo seja divulgado na rede, pois não exercem domínio sobre tal atuação. Aliás, tal responsabilização tem sido rechaçada pelos tribunais nacionais e estrangeiros³¹ desde o final da década de noventa, visto que, se houvesse essa responsabilidade, haveria certamente o aumento de práticas relacionadas ao monitoramento em massa, o que não é só indesejado como de adequação legal controvérsida³².

Nesse sentido, muito elucidativa é a comparação feita por Marco Aurélio Greco:

[...] no puro provimento de acesso, a situação jurídica do provedor de acesso é semelhante à da empresa de telefonia. Ela pode controlar apenas o fluxo de mensagens, sua periodicidade e tudo o mais pertinente que se relacione ao acompanhamento do funcionamento e da eficiência do sistema, mas não tem poder para verificar conteúdos que por ali transmitem tal como a empresa de telefonia não tem o poder de verificar as conversas que tramitam pela sua rede³³.

Outrossim, apesar de não responderem pela visualização de conteúdo, possuem dever positivo de fornecer os dados cadastrais e de conexão, ou

³⁰ ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 820.

³¹ Na Alemanha, por exemplo, os provedores de acesso, da mesma forma que no Brasil, não são responsáveis por conteúdo de terceiros (*fremde Informationen*), desde que, logicamente, não se apropriem desse conteúdo, não alterem ou escolham a informação a ser transferida e nem escolham a quem a informação será transferida (FECHNER, Frank, *Medienrecht*, p. 355).

³² SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 808-809.

³³ GRECO, Marco Aurélio. Poderes da fiscalização tributária no âmbito da Internet. In: GRECO, Marco Aurélio; WALD, Arnold. *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 183.

seja, os formulários preenchidos e o endereço IP dos usuários que utilizam seus serviços. Tal dever decorrerá necessariamente de requisição judicial, que afastará, em relação aos dados cadastrais e à conexão, o direito à privacidade de determinado usuário que praticou um ato ilícito³⁴.

Assim sendo, para cumprimento desse dever, os provedores necessitam possuir tecnologia adequada e recursos apropriados. Em caso de descumprimento, haverá responsabilidade civil subjetiva por ato próprio (art. 186 do Código Civil), o que decorrerá da falta de colaboração do provedor de acesso para a identificação de eventual autor de violação do direito à imagem³⁵.

Desse modo, em caso de ilícitos cometidos por terceiros, em princípio, não seria possível a responsabilização do provedor de acesso³⁶, uma vez que este age apenas como intermediário, não exercendo domínio sobre o conteúdo colocado à disposição na rede. Nessa senda, a conduta do provedor não pode ser enquadrada como causa direta e imediata do dano sofrido pela vítima, no que há o rompimento do nexo de causalidade³⁷.

Aliás, em função da atividade exercida, nem mesmo a notificação para remoção de conteúdo ilícito é possível, dado que o provedor de acesso não possui ingerência sobre o conteúdo veiculado na rede por terceiros, não podendo, por conseguinte, removê-lo (art. 18 da Lei 12.965/2014).

Por outro lado, apesar de não responder pelo conteúdo, o provedor de acesso pode ser responsabilizado por não interromper a prestação dos

serviços de conexão ao usuário que utilize o serviço reiteradamente para a prática de atividades ilícitas.

7.3 Responsabilidade do provedor de hospedagem

O provedor de hospedagem (*hosting providers*) tem a função de garantir o armazenamento de dados em servidores próprios de acesso remoto, possibilitando que usuários tenham acesso a eles, conforme condições definidas em pactuação anterior³⁸. Com isso, o *hosting provider*, respeitadas as normas de política de privacidade, disponibiliza aos internautas páginas ou arquivos de terceiros, que estão armazenadas em seus servidores³⁹.

Trata-se de uma relação jurídica que se enquadra como relação de consumo, respondendo o provedor de hospedagem de forma objetiva por falhas na prestação de serviços ao usuário, conforme dispõe os arts. 14 e 20 do Código de Defesa do Consumidor⁴⁰. Nessa situação, não há dúvida no que toca à responsabilidade do provedor pelos danos que derivem diretamente do serviço prestado⁴¹. Ademais, a falha do serviço decorrente de defeito de componente ou equipamento fornecido por terceiros e incorporado ao serviço não exime o provedor de responsabilidade civil, haja vista o estabelecido pelo art. 25 do Código de Defesa do Consumidor.

Apesar do provedor de hospedagem ser responsável pelo armazenamento de arquivos e informações, não é ele o responsável pela criação, desenvolvimento, atualização e manutenção de *web site* contratado. Assim, não se configura responsabilidade civil do provedor de hospedagem

³⁴ LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2592, 6 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17128>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

³⁵ Além da responsabilidade civil, é certo que qualquer empresa que opere no Brasil, mesmo sendo estrangeira, deve respeitar a legislação do nosso País e entregar as informações requeridas pela Justiça, o que, em caso de descumprimento, também poderá gerar sanções como: advertência, multa de até 10% de seu faturamento, suspensão temporária das atividades ou proibição de exercício das atividades (art. 12 da Lei 12.965/2014).

³⁶ VANCIM, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Frachone. *Marco civil da internet*: anotações à Lei n° 12.965/2014. Leme: Mundo Jurídico, 2014, p. 100.

³⁷ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei n° 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 809.

³⁸ LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2592, 6 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17128>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

³⁹ Entre os provedores de hospedagem podemos citar as redes sociais, como o Facebook, o Twitter e o Instagram, bem como os sites e aplicativos voltados para a divulgação de imagens e vídeos, como o Youtube, o Flickr e o Snapchat. Deve-se observar, entretanto, que esses provedores podem ser classificados como de conteúdo, nos casos em que disponibilizam diretamente na internet as informações por eles mesmos criadas.

⁴⁰ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet*, p. 111.

⁴¹ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, p. 166, jan./dez. 2015.

por ilícitos cometidos por terceiros e associados ao conteúdo das informações armazenadas em seus servidores, mesmo porque não é sua função a realização de monitoramento do conteúdo dos textos, fotos, vídeos e dados inseridos pelos usuários, sob pena de estar configurada verdadeira censura prévia sobre o conteúdo disponibilizado na internet⁴². É que a função primordial do *hosting provider* é simplesmente fornecer suporte técnico para que os dados possam ser armazenados e acessados pelos internautas.

Nesse contexto, não deve ser atribuído ao provedor de hospedagem o dever de controle editorial e fiscalização do conteúdo das páginas eletrônicas que disponibiliza. A responsabilidade por referido material cabe ao autor da informação e não ao provedor, que apenas foi contratado para o fornecimento do serviço de hospedagem, mesmo porque não é o provedor o titular da página.

Assim sendo, ante a ausência de disposição sobre o conteúdo veiculado nos *sites* que hospeda, não é possível a responsabilização civil imediata do provedor de hospedagem pelo material posto na internet pelos seus usuários. Também não se deve atribuir ao provedor de hospedagem a responsabilidade pelo controle e fiscalização do conteúdo do material que armazena. É que sua contratação não vai além do oferecimento do serviço de hospedagem, não se aplicando a cláusula geral de responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

Aliás, a relação estabelecida entre o provedor e o usuário é muito bem esclarecida por uma analogia feita por Castro Filho, que compara o provedor de hospedagem e o *site* hospedado com a relação estabelecida entre um banco e um cofre colocado à disposição de seu cliente⁴³. Nessa linha, no cofre poderá ser guardado o que o cliente quiser, ficando o banco sem saber a origem ou a natureza da coisa guardada. No entanto, no momento em que é verificada

a ilegalidade do conteúdo depositado, assiste ao provedor “o direito de imediata interrupção do serviço, sob pena de também ser corresponsabilizado”⁴⁴.

Seguindo essa linha de raciocínio, mas com abrandamento na responsabilização do provedor de hospedagem, a matéria foi regulada no art. 19 da Lei 12.965/2014, que estabeleceu:

Com intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Desse modo, no que tange ao conteúdo gerado por terceiros, somente haverá responsabilidade do provedor de aplicação, expressão que abrange os provedores de hospedagem e conteúdo, se após ordem judicial específica⁴⁵, não forem tomadas as providências necessárias para tornar indisponível o conteúdo ilícito⁴⁶.

Ora, da leitura do dispositivo deflui que a responsabilidade civil somente existirá se houver o descumprimento de ordem judicial específica para a remoção de conteúdo ilícito, a qual deverá conter, sob pena de nulidade, a identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material (art. 19, § 1º, da Lei 12.965/2014)⁴⁷. Assim, sem que haja o descumprimento

⁴² SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 800.

⁴³ Outra analogia utilizada para reconhecer a incapacidade dos provedores quanto ao controle do conteúdo dos sites hospedados consiste em compará-los a uma livraria, que não responde pelo conteúdo dos livros vendidos (VANCIM, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Frachone. *Marco civil da internet: anotações à Lei nº 12.965/2014*, p. 97).

⁴⁴ CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. Da responsabilidade do provedor de internet nas relações de consumo. In: Brasil. STJ. *Doutrina: Edição Comemorativa – 15 anos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 173.

⁴⁵ No Direito Comunitário Europeu a matéria foi tratada de modo diverso, uma vez que o art. 14 da Diretiva 2000/31 não exige a notificação judicial. Com isso, os provedores serão responsabilizados pelo conteúdo gerado por terceiros se forem notificados e após tal ato não tomarem nenhuma medida.

⁴⁶ Anteriormente à entrada em vigor do Marco Civil da Internet, o Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo, no que toca especificamente ao prazo, que após a notificação relativa ao conteúdo ilícito de determinado texto ou imagem, o provedor deveria retirar o material do ar no prazo de 24 horas.

⁴⁷ A previsão do art. 19, § 1º, da Lei 12.965/2014 também pode gerar sérios problemas no que toca à eficácia do Marco Civil da Internet, visto que ao exigir a localização específica dos dados infringentes, acaba por se tornar ineficaz contra os chamados conteúdos virais, que se espalham pela internet de forma descontrolada. Nessas

dessa ordem, conforme determinação legal, não haverá o dever de indenizar. Todavia, mesmo sem ordem judicial, o provedor de hospedagem poderá, após notificação extrajudicial, retirar o conteúdo ilícito de seus equipamentos.

Apesar da existência de previsão legal, vale mencionar que o tema da responsabilização pela não remoção de conteúdo é bastante polêmico, tendo gerado muita discussão quando da aprovação do Marco Civil da Internet, mesmo porque a matéria não é uniformemente regulada em outros países⁴⁸.

Por um lado, pode parecer que a norma do Marco Civil da Internet não foi proporcional ao condicionar a indenização somente ao descumprimento de ordem judicial. Realmente, mesmo na hipótese de notificação extrajudicial, os provedores podem estar diante de situações em que não há dúvidas quanto à ilegalidade de eventual conduta lesiva. Entretanto, em função da proteção legal, podem deixar de tomar imediatamente as providências necessárias, para fazê-lo somente

após ordem judicial, o que pode ser extemporâneo, inviabilizando o caráter preventivo da medida judicial.

Em contrapartida, se a opção legal fosse a responsabilização a partir da simples contestação pelo usuário, enfrentaríamos outros problemas, também muito graves, relacionados, em primeiro lugar, com a subjetividade dos critérios a serem adotados pelos provedores para a retirada do conteúdo, particularmente no que toca ao direito à imagem, visto que haveria pouca transparência e muita subjetividade na retirada de conteúdo. Além disso, tal alternativa pressionaria os provedores a exercer um amplo e rigoroso controle sobre o material exibido, mediante critérios que, como já foi mencionado, seriam no mínimo discutíveis⁴⁹.

Com isso, haveria, sem dúvida, uma série de abusos no que toca à retirada, mesmo porque o provedor se veria numa situação em que o melhor caminho seria tão somente a retirada do conteúdo, sem maiores indagações, o que pode ser prejudicial para a liberdade de expressão e de imprensa, bem como para o próprio desenvolvimento de novas alternativas de exploração e comunicação na rede⁵⁰.

Esse é, sem dúvida, um dos pontos mais polêmicos da Lei 12.965/2014, visto que os provedores deveriam, em uma primeira análise da temática, ser responsabilizados a partir do momento em que tomam ciência da existência de conteúdo evidentemente ilícito e não tomam as providências para a sua remoção⁵¹.

situações, é praticamente inviável a elaboração de uma lista contendo todas as localidades nas quais o conteúdo ilícito pode ser encontrado, visto que em questão de segundos os dados podem ser replicados em outros sítios, o que demandaria nova ordem judicial para retirada (SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 800). Melhor era a jurisprudência do STJ anterior à lei, que considerava que o provedor deveria retirar o conteúdo ilícito independentemente de indicação precisa das páginas (STJ. REsp 1.175.675. Rel. Min. Luiz Felipe Salomão).

⁴⁸ Na Alemanha, por exemplo, a Telemediengesetz (TMG) prevê, em seu § 10, que os provedores de hospedagem não são responsáveis civilmente, desde que não tenham conhecimento das informações armazenadas pelos usuários e, caso venham saber sobre atividades ou informações ilegais, providenciem imediatamente a sua retirada ou bloqueiem o seu acesso. Nessa linha, um provedor de hospedagem, a partir do momento em que toma conhecimento, tem o dever de retirar, por exemplo, o conteúdo de um *blog* que viole direitos da personalidade (FECHNER, Frank, *Medienrecht*, p. 357). Na Espanha, por seu turno, existem três critérios para ciência do provedor acerca do conteúdo ilícito, o que foi estabelecido pelo art. 16 da Lei 34, de 11 de junho de 2002, valendo a sua menção: 1) por meio de ordem judicial que declare a natureza ilícita do conteúdo; 2) se o provedor conheceu tal natureza desde procedimentos derivados de regramentos internos ou; 3) por outros meios de conhecimento que razoavelmente podem ser estabelecidos. Desse modo, a chamada responsabilização privilegiada dos provedores não é tão ampla como a prevista no Brasil, visto que nesses países não se faz necessário aguardar a ordem judicial e seu descumprimento, o que decorre de exigências feitas pelo Direito Comunitário Europeu, especificamente pela Diretiva 2000/31.

⁴⁹ O mesmo raciocínio é adotado por Rocha, o qual assevera que essa “escolha do legislador, se por um lado, não incentiva os provedores a estabelecer controles mais rigorosos e eficazes sobre o conteúdo gerado por terceiros, por outro, permite o estabelecimento de bases precisas a partir das quais o provedor, com segurança, pode tornar indisponível uma determinada informação evitando indevidas limitações ao direito de liberdade de expressão de seus usuários” (ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 836).

⁵⁰ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 803-804.

⁵¹ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 810.

Todavia, ainda que nesse ponto o Marco Civil da Internet pareça não ter andado bem, deixando de proteger adequadamente os direitos da personalidade, em contrapartida é certo que há maior preocupação com o direito à informação e com a liberdade de expressão, uma vez que a responsabilização a partir da mera notificação extrajudicial poderia ser muito mais prejudicial para todo o sistema⁵².

De qualquer forma, não obstante a existência de ampla discussão⁵³, o certo é que a partir da leitura do art. 19 da Lei 12.965/2014, norma que evidentemente objetiva salvaguardar a liberdade de expressão e impedir a censura, fica claro que o provedor de hospedagem somente poderá ser responsabilizado, de forma subjetiva, quando descumprir a ordem judicial específica para remover conteúdo ilícito armazenado nos seus servidores⁵⁴.

7.4 Responsabilidade do provedor de conteúdo

O provedor de conteúdo (*content provider*) é uma expressão genérica, que engloba, segundo parte da doutrina, três diferentes espécies: o provedor de conteúdo em sentido estrito, o provedor de informação e o provedor de busca ou pesquisa.

7.4.1 Provedor de conteúdo em sentido estrito e provedor de informação

O provedor de conteúdo em sentido estrito constitui a pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na rede de computadores o material criado e desenvolvido pelos respectivos provedores de

informações, o que é feito através de servidores próprios ou por meio de serviços de um provedor de hospedagem⁵⁵. São aqueles que colocam à disposição das pessoas as páginas eletrônicas, tratando de todo tipo de conteúdo, dentre os quais podemos destacar os portais de notícias, especialmente os de jornais, de revistas e os *blogs*.

O que distingue esse tipo de provedor dos demais já analisados é o fato de ele realizar, como regra, um controle editorial prévio sobre as informações disponibilizadas em seu *site*. Como é feita uma análise acerca das informações, os provedores de conteúdo poderão ser responsabilizados, de forma concorrente, com os provedores de informação, que são os verdadeiros autores do material ofensivo, os responsáveis pela criação das informações que serão divulgadas através da internet pelo provedor de conteúdo⁵⁶.

Dessa maneira, em sendo verificado que o provedor realiza controle editorial sobre as informações divulgadas, demonstrada a publicação de material ilícito constante, por exemplo, de notas, artigos ou reportagens, restará comprovada a sua responsabilidade civil, que decorrerá de conteúdo gerado por terceiro.

Por outro lado, se o provedor de conteúdo tão somente permite a publicação das informações, o que é feito em tempo real, sem a realização de análise do conteúdo enviado pelos usuários, então não haverá que se falar na sua responsabilização pelo material, devendo eventual indenização ser pleiteada somente daquele que publicou o conteúdo ilícito.

Assim, quando não foi exercido controle editorial prévio, conforme dispõe o art. 19 da Lei 12.965/2014, tal como ocorre com o provedor de hospedagem, só

⁵² ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 836.

⁵³ No que toca à aplicação do art. 19 da Lei 12.965/2014, argumenta Cíntia de Lima que: “a tendência é pela não prevalência deste dispositivo por ser passível de inconstitucionalidade na medida em que a defesa do consumidor tem status constitucional e o art. 19 do Marco Civil da Internet contraria o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor. Outro argumento é quanto à interpretação do Direito como um sistema” (LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, p. 172, jan./dez. 2015).

⁵⁴ Vale notar que o art. 19 da Lei 12.965/2014 foi muito criticado pelos estudiosos da matéria, mesmo porque destoa da legislação de muitos países. Chegou-se mesmo a considerar como ponto fraco da lei a criação de uma espécie de inimputabilidade civil, que existiria até a expedição de ordem judicial específica para a remoção do conteúdo.

⁵⁵ LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2592, 6 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17128>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

⁵⁶ Embora parte da doutrina não distinga o provedor de conteúdo do provedor de informação, muitos estudiosos fazem tal distinção, pelo que se afirma que “o provedor de informação é aquele que, por meios próprios, cria ou gera as informações, sendo estas armazenadas por um provedor de conteúdo – ou de hospedagem – que oferece ao primeiro a plataforma tecnológica necessária para a divulgação das referidas informações na Rede Mundial de Computadores” (ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 827).

haverá responsabilidade do provedor de conteúdo por atos ilícitos praticados por terceiros se, após ordem judicial determinando a retirada do conteúdo, não forem tomadas as providências pertinentes. Destarte, após a vigência do Marco Civil da Internet, não será possível a responsabilização do provedor de conteúdo se a notificação para retirada de conteúdo for meramente extrajudicial, como era anteriormente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁵⁷.

Outrossim, no que toca aos chamados provedores de informação, que constituem propriamente a pessoa que criou o material veiculado pelo provedor de conteúdo, sua responsabilidade não demanda maiores indagações. Tratando-se do efetivo autor do ilícito, não há dúvida quanto à sua responsabilização pela violação de direitos da personalidade no âmbito digital, valendo aqui apenas mencionar que os provedores de informação e de conteúdo podem ser a mesma pessoa, que cumula diversas funções.

Ademais, temos ainda, na categoria dos provedores de conteúdo, o provedor de busca ou pesquisa, que trataremos a seguir em um item distinto, dada a sua grande relevância prática.

7.4.2 Responsabilidade do provedor de busca ou pesquisa

O provedor de busca também faz parte da categoria de provedor de conteúdo em sentido amplo. Tal provedor, partindo de termos ou expressões fornecidos pelos próprios usuários, indica os locais onde as informações, como arquivos ou páginas, podem ser encontradas. Não há que se falar então na criação ou disponibilização de qualquer conteúdo por parte desse provedor, que se limita a tão somente apresentar, a partir de uma solicitação do usuário, uma lista de endereços eletrônicos⁵⁸.

Apesar de integrar a categoria de provedor de conteúdo em sentido amplo, o provedor de busca não fiscaliza previamente o conteúdo dos resultados que apresenta aos usuários, surgindo, nesse ponto, uma grande discussão, visto que muitos internautas

querem excluir das pesquisas os *links* que consideram ofensivos.

Esse foi o objeto, por exemplo, de uma ação ajuizada pela apresentadora de televisão Xuxa Meneghel contra o buscador da Google, na qual pretendia que o provedor não mostrasse *links* que associassem seu nome, escrito parcial ou integralmente, com as palavras “pornografia” e “pedofilia” ou, ainda, com qualquer tipo de prática criminosa. O STJ decidiu, entretanto, que a Google não precisava retirar as imagens e vídeos ofensivos de seus resultados de pesquisa. Entendeu que os provedores de busca não podem ser obrigados a limitar ou censurar a abrangência dos resultados, uma vez que não são responsáveis pela publicação nem pelo conteúdo ilícito disponibilizado, mesmo porque tão somente indicam onde o conteúdo pode ser encontrado⁵⁹.

Ademais, a favor desses provedores, argumenta-se ainda que eles tratam as informações existentes na internet como um todo, sem realizar seleção. Com isso, seria impossível a delimitação das buscas obtidas, não sendo plausível tecnicamente a realização de uma filtragem prévia sobre todo o conteúdo veiculado na internet e disponibilizado pelo provedor de busca⁶⁰.

Por outro lado, há quem assevere que, ainda que não seja possível uma fiscalização prévia do conteúdo dos resultados apresentados aos usuários, seria admissível a exigência de retirada de determinada informação, caso fosse levado ao conhecimento do provedor a existência de relação entre a realização da busca e a lesão a direitos subjetivos.

De qualquer forma, parece-nos que a melhor solução para o problema não está no bloqueio dos resultados das pesquisas, mas na própria eliminação das páginas com conteúdo ofensivo, devendo ser procurada, antes de tudo, a responsabilização do respectivo provedor de conteúdo ou de informação. Aliás, a retirada dos dados do provedor de pesquisas pode ser até ineficaz, considerando a existência de outros buscadores e até mesmo de páginas em *blogs* e

⁵⁷ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, p. 172, jan./dez. 2015.

⁵⁸ ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 825.

⁵⁹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1316921/RJ. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. *DJE* 29/06/2012.

⁶⁰ ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 825.

redes sociais, que também podem tornar a informação acessível.

Desse modo, não se pode reconhecer uma proteção eficaz e completa no que toca ao provedor de pesquisa, visto que a informação permanece na internet, apenas não sendo possível sua pesquisa pelo buscador⁶¹. Por isso, do nosso ponto de vista, somente em situações muito excepcionais, extremamente graves, seria possível responsabilizá-lo pelo conteúdo ilícito lançado na internet e obrigá-lo a restringir as opções de pesquisa.

7.5 Responsabilidade do provedor de correio eletrônico

O provedor de correio eletrônico fornece uma conta pessoal aos seus usuários, que permite o envio de mensagens e o armazenamento de arquivos e de mensagens enviadas ao correio eletrônico até o limite de espaço permitido⁶². Esse provedor presta ainda serviço de acesso à referida conta, assegurando o sigilo das informações armazenadas, bem como garante o acesso restrito à conta, que depende da utilização de um nome de usuário e de uma senha pessoal, ambos exclusivos⁶³.

Em relação aos ilícitos praticados por terceiros, como regra, o provedor de correio eletrônico não tem o dever de indenizar, mesmo porque não realiza o controle editorial do material constante das contas de *e-mail*, o que seria até mesmo ilícito, haja vista a inviolabilidade das correspondências (art. 5º, XII, da CF), que abrange a correspondência virtual⁶⁴. Assim sendo, o provedor de correio eletrônico não responde caso o usuário receba mensagens indesejadas ou ofensivas a direitos da personalidade.

Outro problema associado a esse tipo de provedor é a violação da correspondência eletrônica.

O usuário, ao contratar o provedor, espera que suas mensagens sejam enviadas e recebidas de forma segura, sem que haja interferência de terceiros. Por isso, devem ser tomadas pelo provedor todas as medidas necessárias para garantir a segurança e a inviolabilidade da correspondência eletrônica, caso contrário poderá haver sua responsabilização por má prestação dos serviços. E isso pode suceder, por exemplo, se uma foto ou vídeo, enviado como anexo de um correio eletrônico, for copiado por um terceiro, não destinatário da mensagem, ou mesmo se o provedor erroneamente a encaminhar a uma pessoa diversa do destinatário.

Nessa hipótese, tratando-se de responsabilidade por ato próprio, basta a comprovação do dano e do nexo causal para que haja a responsabilidade do provedor, que é, nessa situação, objetiva. E nem se argumente, para não enquadramento do provedor na categoria de fornecedor, que os serviços são prestados de modo não oneroso, uma vez que tal gratuidade é apenas aparente⁶⁵, visto que a publicidade veiculada pelo próprio provedor, a obtenção dos dados cadastrais e dos hábitos de navegação do internauta representam, no caso, uma forma de remuneração indireta⁶⁶. Desse modo, o provedor somente conseguirá se isentar do eventual serviço mal prestado se demonstrar que decorreu das hipóteses previstas no art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

Por derradeiro, no que toca à invasão de *e-mail* por *hackers*, há quem entenda que isso configuraria fato exclusivo de terceiro, não pertencente à cadeia produtiva da prestação de serviço, pelo que afastaria a responsabilidade do provedor. No entanto, parece-nos que o provedor se comprometeu a garantir a segurança da conta, somente sendo possível se pensar em exclusão da sua responsabilidade na hipótese de uma invasão que esteja além de qualquer conhecimento técnico até então disponível, prova bastante difícil e que caberá ao próprio provedor demonstrar.

⁶¹ CARO, María Álvarez. *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*. Madrid: REUS, 2015, p. 117.

⁶² LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, p. 162, jan./dez. 2015.

⁶³ LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2.592, 6 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17128>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

⁶⁴ FECHNER, Frank, *Medienrecht*, p. 350.

⁶⁵ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, p. 169, jan./dez. 2015.

⁶⁶ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei n.º 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 799.

7.6 Exceções ao regime geral de responsabilização dos provedores

A própria Lei 12.965/2014 apresenta duas exceções ao regime de responsabilização civil previsto no *caput* do art. 19, que dizem respeito à violação de direitos autorais e aos casos de “pornografia de vingança”.

7.6.1 Direitos autorais

No que toca aos direitos autorais, o Marco Civil da Internet fez ressalva quanto à aplicação do art. 19, *caput*, de maneira que não modificou a prática anteriormente estabelecida, conhecida como *notice and take down*. Assim, poderá haver responsabilização do provedor de aplicação (hospedagem e conteúdo) a partir do momento em que lhe é enviada notificação para a retirada de conteúdo contrário à legislação autoral (Lei 9.610/1998) e não for tomada a medida atinente a sua remoção⁶⁷.

Ademais, apesar de não alterar a prática no que toca aos direitos de autor e aos direitos conexos, o Marco Civil da Internet esclarece que eventual legislação regulando as infrações aos mencionados direitos no ambiente virtual deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal⁶⁸.

E aqui surge uma situação interessante, pois se houver violação apenas ao direito à imagem, teremos a aplicação da responsabilidade civil prevista no *caput* do art. 19. No entanto, se a mesma imagem também for protegida pelo direito de autor, então a responsabilidade civil do provedor surgirá a partir da

simples notificação para retirada de conteúdo, não se fazendo necessário, para tanto, o descumprimento de ordem judicial, como exige a regra geral⁶⁹.

Aliás, a situação chega a ser teratológica, pois o autor de uma fotografia terá direito à indenização do provedor a partir da notificação extrajudicial sem a correspondente retirada do material, enquanto que a pessoa representada na foto somente poderá pleitear indenização se não for cumprida ordem judicial determinando a retirada do conteúdo. E mais, partindo-se da mesma linha de raciocínio, uma filmagem que se enquadre na proteção autoral terá maior proteção que um filme caseiro mostrando uma pessoa sendo gravemente agredida física e verbalmente.

Destarte, sem desmerecer a exceção feita aos direitos autorais, parece-nos que a tutela de direitos da personalidade talvez fosse também um caso a ser excepcionado pelo Marco Civil da Internet.

7.6.2 Pornografia de vingança

A pornografia de vingança (*revenge porn*) é um tema que atualmente tem ganhado muita relevância, tanto que foi tratada no Marco Civil da Internet. Consiste, em linhas gerais, na divulgação e compartilhamento, apenas entre determinados dispositivos eletrônicos ou por toda a internet, de fotos ou vídeos íntimos, normalmente de ex-parceiros, o que é feito sem consentimento.

Tais imagens normalmente envolvem cenas de nudez, parcial ou total, bem como de atos sexuais, que muitas vezes são gravadas de forma consentida, mas posteriormente são divulgadas e compartilhadas sem autorização, constituindo uma forma de humilhar um desafeto ou um meio de vingança pelo término de um relacionamento⁷⁰.

O grande problema é que as novas tecnologias facilitaram em muito a disseminação desse tipo de conteúdo, o que muitas vezes ocorre de forma viral,

⁶⁷ A disposição parece ter sido inspirada no Direito dos Estados Unidos, que não considera os provedores como autores das mensagens, fotos e vídeos que exibem, mas reconhece algumas exceções a tal regra, entre as quais está a responsabilização dos provedores por infração a direitos autorais, prevista no Digital Millennium Copyright Act. Assim sendo, os provedores poderão ser responsabilizados pelos atos dos usuários se houver infração a direitos autorais e, após notificação atinente a referida violação, não houver a remoção do conteúdo questionado (SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 796).

⁶⁸ Art. 19, § 2º, da Lei 12.965/2014: “A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal”.

⁶⁹ Aqui podemos exemplificar com uma foto publicada em uma revista e escaneada por um terceiro, que a coloca na internet (BERTRAND, André, *Droit à la vie privée et droit à l'image*, p. 167), surgindo, assim, a responsabilidade do servidor a partir do momento da notificação. Todavia, se a mesma fotografia não for publicada em um periódico, pelo fato de não existir a tutela autoral o regime de responsabilidade do provedor será diverso.

⁷⁰ ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 831.

praticamente incontrolável, visto que, a partir do momento da sua publicação, o material pode ser espalhado por aplicativos ou procurado e localizado na internet pela indexação em mecanismos de busca, isso sem falar na possibilidade de seu armazenamento em toda sorte de equipamento digital.

No que toca à vítima, as consequências desse ato podem ser muito graves, provocando, por exemplo, conduta reclusiva, distúrbios comportamentais e vários problemas psicológicos, que certamente terão reflexos em futuros relacionamentos. Também é possível, em situações extremas, que ocorra o suicídio da vítima.

Assim sendo, diante de tudo isso, o Marco Civil da Internet previu um regime especial para os casos de conteúdo usualmente chamado de “pornografia de vingança”. A regulamentação afasta a regra constante do art. 19 e encontra previsão no art. 21, que dispõe:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Nesse contexto, destoando da regra geral, o art. 21 prevê a responsabilidade subsidiária do provedor de aplicações quando houver sua notificação acerca do conteúdo ilícito e este deixar de promover a retirada desse material da rede⁷¹.

⁷¹ Nesse ponto, parece-nos que a mencionada responsabilidade subsidiária merece reflexão. De fato, ao falar em responsabilidade subsidiária estaria o dispositivo indicando que o provedor somente seria responsabilizado se a ação contra aquele que colocou o conteúdo na internet não fosse exitosa. No entanto, o que se vê, em realidade, é que a conduta do provedor, no caso uma omissão, gera um novo dano, pois o conteúdo que deveria ter sido retirado da internet continua à disposição. Assim sendo, considerando que a própria omissão do provedor gerou dano, indagamos se não seria um caso de responsabilidade por ato próprio, por omissão, e não uma hipótese de responsabilidade subsidiária.

Todavia, há uma série de condicionantes para que exista tal responsabilidade, entre as quais destacamos o fato de o provedor ter deixado, após a notificação, de “promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo”. Também é necessário que a notificação contenha, “sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador” da intimidade, bem como a constatação da legitimidade do requerente⁷².

De qualquer forma, ainda que a previsão do Marco Civil da Internet apresente condições bem detalhadas, é certo que elas necessitam ser analisadas pelos tribunais, que deverão se orientar pela aplicação dos direitos fundamentais, conforme prevê a própria legislação, dando a esses direitos a primazia na regulação das novas tecnologias. Assim, no momento, a matéria carece de um rigoroso posicionamento jurisprudencial.

Por fim, vale ainda ressaltar que, do nosso ponto de vista, o artigo em questão poderia ter afastado a regra do art. 19 para outros casos de violação de direitos da personalidade, como os expressamente previstos pelo Código Civil (arts. 13 a 21), em situações de evidente lesão à vida, à integridade corporal, à honra, à vida privada, ao nome, à imagem e à voz, não se restringindo somente à chamada pornografia de vingança.

8 Considerações finais

No Brasil o Marco Civil da Internet estabeleceu um regime de responsabilização privilegiada dos provedores. Em outros países, diferentemente do nosso País, não é necessário aguardar a ordem judicial e seu descumprimento para a ocorrência de responsabilidade civil do provedor.

Esse é, sem dúvida, um dos pontos mais polêmicos da Lei 12.965/2014. Os provedores deveriam, em uma primeira análise da temática, ser responsabilizados a partir do momento em que tomam ciência da existência de conteúdo evidentemente

⁷² SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 814.

ilícito, particularmente imagens, e não tomam as providências para a sua remoção.

Outrossim, mesmo mantendo esse regime de responsabilização privilegiada, talvez as situações excepcionadas poderiam ser ampliadas, abrangendo, de forma geral, a tutela de direitos da personalidade, no que incluiria o direito à imagem.

De qualquer modo, ainda que nesse ponto o Marco Civil da Internet pareça não ter andado bem, deixando de proteger adequadamente os direitos da personalidade, em contrapartida é certo que há maior preocupação com o direito à informação e com a liberdade de expressão. Em todo caso, resta-nos aguardar a solução de casos concretos pelo Judiciário para podermos avaliar se as alterações realizadas serão, na prática, positivas ou negativas

Referências

- BERTRAND, André. *Droit à la vie privée et droit à l'image*. Paris: Litec, 1999.
- CARO, María Álvarez. *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*. Madrid: REUS, 2015.
- CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Direitos da personalidade: o art. 20 do Código Civil e a biografia de pessoas notórias. In: CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 126-151.
- FECHNER, Frank. *Medienrecht*. 15. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3, p. 207.
- GOUNALAKIS, Georgios. *Persönlichkeitsschutz im Internet*. München: C.H. Beck, 2002.
- GRECO, Marco Aurélio. Poderes da fiscalização tributária no âmbito da Internet. In: GRECO, Marco Aurélio; WALD, Arnold. *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GRECO, Rogério. *Comentários sobre o crime de invasão de dispositivo informático - art. 154-A do Código Penal*. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2183>>. Acesso em: 14 jan. 2016.
- HELLE, Jürgen. *Persönlichkeitsverletzungen im Internet*. Juristenzeitung, v. 57, n. 12, pp. 593-601, jun. 2002.
- HETMANK, Sven. *Internetrecht*. Wiesbaden: Springer, 2016.
- LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2.592, 6 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17128>>. Acesso em: 13 dez. 2015.
- _____. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, pp. 155-176, jan./dez. 2015.
- PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2013.
- ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 817-845.
- SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 791-816.
- TOMEIO, Fernando. *Redes sociales y tecnologias 2.0*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2014.
- TOURINÓ, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet*. Madrid: Catarata, 2014.
- VANCIM, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Frachone. *Marco civil da internet: anotações à Lei nº 12.965/2014*. Leme: Mundo Jurídico, 2014.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis Zanini. *A tutela autônoma do direito à imagem: do surgimento da fotografia à sociedade da informação*. Tese de livre-docência. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Justiça Federal: evolução histórico-legislativa

A trajetória em seus 50 anos*

Alexandre Vidigal de Oliveira**

O dia 23 de maio de 2017 marca os 50 anos do início do funcionamento da Justiça Federal, o que se dá com a instalação definitiva e oficial da Seção Judiciária do Distrito Federal, após ter sido a Justiça Federal extinta pela Constituição Federal de 1937 e recriada em 27 de outubro de 1965, pelo Ato Institucional 2.

Rememorando sua trajetória histórico-legislativa, a Justiça Federal remonta aos tempos da proclamação do Estado Republicano, ainda no Governo Provisório, o qual, amparando-se na Constituição Provisória da República, publicada com o Decreto 510, de 22/06/1890, expediu o Decreto 848, de 11/10/1890, tratando da criação, organização, composição e competência daquele órgão judiciário e instituindo o processo federal. Daquela origem da denominada Justiça Federal tem-se que fora instaurado, em realidade, o próprio Poder Judiciário da União.

Até então, e ainda sob a égide da Constituição Política do Império do Brasil, de 25/03/1824, o Poder Judiciário nacional identificava-se como Poder Judicial e tinha sua estrutura formada pelos juízes de Direito e jurados, na 1ª instância, pelas "Relações" em cada uma das províncias, como órgãos de 2ª instância, e pelo Supremo Tribunal de Justiça, como órgão de cúpula do Poder Judicial.

Após o advento do citado Decreto 848, de 1890, o Poder Judiciário nacional passou a contar, na sua estrutura, além da Justiça dos Estados, formada por juízes e tribunais dos estados, com a Justiça Federal, e desta podendo-se notar, já como um de seus principais objetivos, a primeira iniciativa de se instaurar no Brasil o controle da constitucionalidade das leis, dado que

A magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do poder

legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica [...].¹

Inspirou-se a criação da Justiça Federal, quanto à sua organização e alcance jurisdicional, na Justiça Federal norte-americana de 1789, extraindo-se, também, quanto à delimitação de seu campo de atuação, alguma experiência da Justiça Federal da Suíça, de 1874, e da Justiça Federal da "Confederação Argentina", por sua lei de organização judiciária de 1883².

Na sua primeira organização, a Justiça Federal era exercida pelos juízes de secção, juízes substitutos e juízes *ad hoc*, como membros de 1ª instância, todos de livre nomeação pelo presidente da República. Os juízes *ad hoc* atuavam nos casos onde não pudesse funcionar o juiz substituto. Em 2ª e última instância a Justiça Federal era exercida pelo Supremo Tribunal Federal, composto por 15 juízes, livremente nomeados pelo presidente da República, após aprovação do nome pelo Senado. Atuava também o STF como órgão de competência originária e de única instância, e, desta, sendo de se destacar o controle de constitucionalidade verificado apenas de modo difuso.

Na sua concepção original, cada estado assim como o Distrito Federal formavam uma seção judiciária, totalizando 21 seções³, com sede na capital, e integrada apenas por um juiz de secção e um juiz substituto, este com exercício por um período limitado de 6 anos, e, em ambos os casos, para investidura no cargo, devendo aqueles juízes ser bacharéis em Direito com pelo menos 4 anos de exercício da advocacia ou magistratura, não se exigindo limites de idade. Como aspectos de relevo na primeira instituição da Justiça Federal, tem-se "a instauração do princípio da inviolabilidade ao direito de defesa, nos moldes dos tribunais ingleses e

* Este artigo, sob o título Justiça Federal: evolução histórico-legislativa, foi originariamente escrito e publicado em setembro de 1996. Até então, com esse nível de detalhamento de informações, tratava-se de texto pioneiro sobre o assunto. Passados mais de 20 anos, é agora reescrito em homenagem aos 50 anos da Justiça Federal.

** É juiz federal há 25 anos, atualmente na SJDF. É mestre e doutor em Direito e coordenador do Projeto Justiça Federal 50 anos.

¹ Parte integrante da Exposição de Motivos do Decreto 848, de 11/10/1890, pelo ex-Presidente da República Manoel Ferraz de Campos Salles, in *Justiça Federal - Legislação*, Brasília: 1993, C.J.F. pp. 13-18.

² Id. *ibid.*

³ Id. *ibid.*

americanos⁴, a garantia da “soberania do cidadão com a adoção de fórmulas mais singelas, mais promptas, e de maior eficácia na preservação dos direitos individuais”⁵; a criação do Júri Federal; a integração do Ministério Público Federal junto à Justiça Federal, sendo o seu procurador-geral um dos ministros do Supremo Tribunal Federal, com nomeação vitalícia naquele cargo e perda das funções da magistratura, e funcionando em cada uma das seções judiciárias um procurador da República nomeado livremente pelo presidente da República, com exercício por apenas 4 (quatro) anos; e, por fim, dispondo de uma sistematização processual própria, formada por 342 artigos, e denominada Processo Federal. Quanto à competência, fora ela prevista, com relação ao Supremo Tribunal Federal, em 16 dispositivos contidos no art. 9º, e, atinente às seções judiciárias, em 10 dispositivos, nos arts. 15 e 19, ambos do Decreto 848, de 1890, sendo, por esses dispositivos definida a competência em razão da pessoa, da natureza ou do objeto da ação.

Com a Constituição Federal de 24/02/1891, tem-se a manutenção da Justiça Federal nos mesmos moldes do Decreto 848/1890, acrescentando-se, porém, os tribunais federais, mas sem se delimitar o seu campo de atuação, observando-se a definição de sua competência juntamente com a dos juízes federais. Esta CF não define mais a quantidade de juízes seccionais nem dos Tribunais Federais, conferindo ao Congresso Nacional a criação daqueles cargos.

A organização da Justiça Federal é completada pela Lei 221, de 20/11/1894. Dela consta a criação, em substituição ao juiz *ad hoc*, dos cargos de juiz suplente do substituto do juiz seccional, em número de 3 juízes suplentes na sede do juiz seccional, e, fora da sede, de acordo com a iniciativa do juiz seccional e criação por decreto do Governo Federal. Esses juízes suplentes são nomeados por indicação do juiz seccional, para exercício durante 4 anos. Do art. 2º, § 2º, daquela lei observa-se que os suplentes serão escolhidos, preferencialmente, dentre graduados em Direito, exprimindo-se, daí, não ser obrigatória tal graduação. Essa lei traz como novidade, também, a definição dos critérios de apuração de antiguidade dos juízes seccionais; a redução de prática forense para ingresso na magistratura federal, de 4 anos, prevista

anteriormente pelo art. 14 do Decreto 848, de 1890, para 2 anos, aí considerando-se tanto a advocacia, a judicatura ou o Ministério Público; a possibilidade de o juiz seccional nomear, pela ausência de procurador da República no estado, procurador *ad hoc*; estabelece a cessação de competência delegada à Justiça do Estado, até então assegurada pelo Decreto 1.420-A, de 21/02/1891, e quando empossado o juiz suplente do juiz substituto na circunscrição.

A Lei 221/1894 reporta-se aos tribunais federais, de passagem, apenas em um artigo (art. 1B, *caput* e § 10), mas sem qualquer explicitação quanto às suas atuações. Por sua vez, tem-se com essa lei uma ampliação substancial da competência do Supremo Tribunal Federal, dos juízes seccionais, e do Júri Federal, destacando-se, quanto a este, dentre outras, a sua competência para julgar os crimes de resistência, desacato e desobediência contra funcionário público federal, de falsificação de papéis públicos, de falso testemunho e de contrabando.

Pelo Decreto 3.084, de 05/11/1898, regulamentador da Lei 221, de 1894, é aprovada a “Consolidação das Leis referentes à Justiça Federal”. Por esse decreto passa-se a denominar a Justiça Federal como Justiça da União, composta pelo Supremo Tribunal Federal, juízes seccionais, substitutos e suplentes, e tribunais do júri federais. Não há qualquer menção aos tribunais federais aos quais se referiam os arts. 55, 58 e 60 da Constituição de 1891 e o art. 1B, *caput* e § 10, da Lei 221, de 20/11/1894, pelo que se deduz não terem sido efetivamente criados estes tribunais. Tanto é que, na ausência de ministros do Supremo Tribunal Federal para o *quorum* das sessões daquela Corte, os juízes seccionais é que seriam convocados para comporemno, conforme observa-se pelo art. 7º do Decreto 3.084, de 1898. É certo que nos arts. 9º, alínea *i*, e 270 daquele mesmo decreto, havia remissão aos tribunais federais, mas esta certamente estaria se referindo aos tribunais do júri federais. Esse decreto volta a exigir a prática de 4 anos de advocacia ou magistratura para escolha de juiz seccional pelo STF, e não mais 2 anos como previsto pela Lei 221, de 1894. O exercício do cargo de juiz substituto mantém-se pelo período de 6 anos. Já os juízes seccionais e os ministros do Supremo Tribunal Federal gozam da vitaliciedade, aposentando-se apenas por invalidez, sendo esta, em todo o caso, presumível aos 75 anos de idade, com proventos proporcionais após 10 anos de serviço e integrais após 20 anos de serviço. Oportuno frisar é que, nessa época,

⁴ Id. *ibid.*

⁵ Id. *ibid.*

a competência do STF também se firmava em razão da alçada, e de modo que lhe caberia julgar as causas com valor superior a 2.000 \$, e se inferior, o conhecimento da causa estaria submetido ao juiz seccional, na forma dos arts. 80 e 66 daquele decreto.

Com o advento da Constituição Federal de 1934, o Poder Judiciário da União passa a constituir-se pela “Corte Suprema”, juízes e tribunais federais, juízes e tribunais militares e juízes e tribunais eleitorais. Os juízes federais são nomeados pelo presidente da República, em lista quintupla elaborada pelo Supremo Tribunal Federal, dentre cidadãos de reconhecido saber jurídico e reputação ilibada, sendo, pela primeira vez, estabelecido limite de idade, no caso, entre 30 e 60 anos. A CF/1934 remete à lei a criação dos tribunais federais e apenas para o julgamento das revisões criminais e dos conflitos de jurisdição afetos a causas da competência dos juízes federais.

A Constituição Federal de 1937 extingue a Justiça Federal, passando o Poder Judiciário Nacional a ser formado pelo Supremo Tribunal Federal, pelos juízes e tribunais dos estados, do Distrito Federal e dos territórios, e pelos juízes e tribunais militares. Não é prevista também a manutenção da Justiça Eleitoral. Os juízes federais com mais de 30 anos de serviço são aposentados com vencimentos integrais, e, os que não dispõem daquele tempo de serviço ficam em disponibilidade com vencimentos proporcionais.

Fato relevante dá-se com a Constituição Federal de 1946, a qual restabelece a estrutura funcional da Justiça Federal, com a criação do Tribunal Federal de Recursos, passando o Poder Judiciário da União a ser formado, além deste, pelo Supremo Tribunal Federal, pelos juízes e tribunais militares, pelos juízes e tribunais eleitorais e pelos juízes e tribunais do trabalho. A Justiça Federal de 1ª instância não é recriada com organização e composição próprias, sendo a sua jurisdição exercida pelos juízes de Direito da capital dos estados e do Distrito Federal. Nas causas que estes vierem a julgar e se a União Federal for interessada como autora, ré, assistente ou oponente, os recursos cabíveis serão da competência do Tribunal Federal de Recursos, cuja composição inicial fora prevista em 9 juízes. Enquanto não instalado este, os recursos e demais ações que lhe coubessem ficavam submetidos ao Supremo Tribunal Federal. O art. 105 dessa CF/1946 assegura a criação, por lei ordinária, de outros tribunais federais de recursos em qualquer estado e mediante proposta do próprio TFR, com aprovação do STF. Por esta

CF/1946 tem-se a criação do recurso extraordinário, além da fixação da aposentadoria dos magistrados, compulsória aos 70 anos ou facultativa aos 30 anos de serviço. O TFR é instalado em 23/06/1947, pelo Presidente da República, Eurico Gaspar Dutra⁶. De acordo com a Lei 87, de 09/09/1947, os juízes do TFR passam a ser denominados de ministros⁷.

Em 27 de outubro de 1965, pelo Ato Institucional 2, completa-se o restabelecimento da estrutura funcional e orgânica da Justiça Federal, passando-se a prever sua recriação em 1ª instância, com quadro próprio de juízes federais, mantendo o Poder Judiciário da União, no mais, a estrutura prevista pela Constituição Federal de 1946.

Em sua recriação, os juízes federais foram nomeados pelo presidente da República em lista quintupla formada por cidadãos de elevado saber jurídico e reputação ilibada, indicados pelo Supremo Tribunal Federal. Cada estado e o Distrito Federal passa a compor uma seção judiciária, com o número de juízes federais definidos em lei. O Tribunal Federal de Recursos tem sua composição aumentada de 9 para 13 *juízes*, sendo 8 dentre magistrados e 5 dentre advogados e membros do Ministério Público, escolhidos e nomeados pelo presidente da República, com anuência do Senado Federal.

Pelo mesmo AI 2/1965 “*ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e inamovibilidade*” dos juízes, podendo ser demitidos, removidos, postos em disponibilidade, aposentados, desde que demonstrem incompatibilidade com os objetivos da Revolução. A competência da Justiça Federal é expressamente prevista em 9 dispositivos, e ainda definida em razão da pessoa — União ou

⁶ A primeira sede própria do TFR fora na Av. Presidente Wilson, 231, no Rio de Janeiro, em 28/06/1948. Em 05/06/1970, passa a funcionar na Praça dos Tribunais Superiores, em Brasília/DF, após ter-se instalado, anteriormente, no Bloco 6 da Esplanada dos Ministérios (in *Ministros do Tribunal Federal de Recursos - Dados Bibliográficos*, n. 1 - 1987 - Brasília, TFR).

⁷ O primeiro juiz do Tribunal Federal de Recursos foi o Subprocurador Fiscal Auxiliar na Procuradoria Fiscal de São Paulo, Dr. Armando da Silva Prado, nomeado em 13/05/1947, tendo tomado posse em 23/06/1947. Também tomam posse os Juízes Abner Carneiro Leão de Vasconcellos, Afrânio Antônio da Costa, Edmundo de Macedo Ludolf, Amando Sampaio Costa, Francisco de Paula Rocha Lagôa Filho, José Thomaz da Cunha Vasconcellos Filho, Vasco Henrique D’Avila, Djalma Tavares da Cunha Melo, sendo escolhido como 1º Presidente do TFR o Juiz Afrânio Antônio da Costa. In *Justiça Federal - Legislação*, Brasília: 1993, CJF, p. 25.

entidade autárquica —, em razão da matéria — direito marítimo, de navegação aérea, direito de greve, e os crimes contra a organização do trabalho —, ou natureza da causa — os mandados de segurança e *habeas corpus* contra autoridades federais.

Pela Emenda Constitucional 16, de 26/11/1965, assegura-se à lei que ações por ela definidas sejam propostas na Justiça Estadual, com a representação judicial da União pelo Ministério Público Estadual. A mesma Emenda Constitucional 16/1965, art. 6º, § 2º, reserva ao presidente da República a proposta de criação de outros tribunais federais de recursos.

Em 30 de maio de 1966, tem-se a edição da Lei 5.010, que trata exclusivamente da Justiça Federal e define cada estado, território e o Distrito Federal como sendo uma seção judiciária. Por essa lei tem-se, também, a criação do Conselho da Justiça Federal, integrado pelo presidente, vice-presidente e mais 3 ministros do Tribunal Federal de Recursos⁸, cabendo-lhe tratar dos assuntos disciplinares dos juízes e funcionários, bem como de todo assunto de natureza administrativa da Justiça Federal de 1ª instância.

A competência da Justiça Federal é disciplinada em 10 dispositivos, sendo prevista também a delegação de competência à Justiça Estadual para o julgamento das execuções fiscais, das vistorias, justificações, e das matérias de natureza previdenciária, quando nas comarcas do interior não funcionar vara federal. Essas varas federais do interior têm a sua instalação autorizada quando a seção judiciária dispuser de mais de 1 vara na capital do estado.

Com a Lei 5.010/1966 são criados os cargos de juiz federal substituto, sendo o seu provimento por concurso público, podendo ser inscritos bacharéis em Direito com idade entre 28 e 50 anos e com 4 anos de prática forense. Quanto aos juízes federais, a sua nomeação observava-se pela livre escolha do presidente da República, de lista quántupla formada pelo Supremo Tribunal Federal, dela constando 3 nomes de juiz federal substituto escolhidos pelo Tribunal Federal de Recursos e 2 dentre bacharéis em Direito com, no mínimo, 8 anos de exercício da advocacia, Ministério Público, magistratura ou

magistério superior, daí extraindo-se que os cargos de juiz federal não eram reservados à promoção exclusiva dos juízes federais substitutos.

Não obstante o critério de concurso público para o provimento dos cargos de juiz federal substituto, a própria Lei 5.010/1966 assegurou, para aquela primeira investidura desses juízes, a sua nomeação diretamente e por livre escolha do presidente da República, com o prévio assentimento do Senado Federal. Coube a estes juízes instalarem a Justiça Federal de 1ª instância em todo o País. A composição inicial da Justiça Federal, a partir de então, passou a ser de 2 varas no Distrito Federal, 3 varas em Minas Gerais, 2 varas em Pernambuco, 2 varas na Bahia, 5 varas na Guanabara, 2 varas no Paraná, 3 varas no Rio Grande do Sul, 7 varas em São Paulo e 1 vara nos demais estados, totalizando 44 varas federais, todas elas dispostas de 1 cargo de juiz federal e 1 cargo de juiz federal substituto.

A Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967 mantém a mesma estrutura da Justiça Federal, inovando no que se refere à delimitação da criação dos tribunais federais de recursos, por fixá-los em 2 tribunais, um em Pernambuco e um em São Paulo, com número de ministros inferior ao de ministros do Tribunal Federal de Recursos com sede no Distrito Federal, e que era de 13 ministros. Essa criação dos TFRs passa a depender de lei complementar e não apenas de lei ordinária. Quanto aos cargos de juiz federal, tem-se o critério para o seu preenchimento reservado por concurso público e exigindo-se idade mínima de 30 anos. A competência delegada à Justiça Estadual restringe-se às ações fiscais de interesse do Fisco nacional. Inclui na competência da Justiça Federal o julgamento das causas referentes à nacionalidade e as que envolvam às empresas públicas federais.

Pelo Decreto-Lei 253, de 28/02/1967, passa-se a ter o julgamento pelo Júri Federal em observância ao Decreto-Lei 3.689/1941, que instituiu o Código de Processo Penal. Mesmo não tendo a CF/1967 se referido aos juízes federais substitutos, estes cargos mantêm-se assegurados na composição da Justiça Federal, conforme consta do art. 1º, VIII, do DL 253, de 28/02/1967.

Foi pelo referido DL 253, de 28/02/1967, que a Lei 5.010/1966 teve suas primeiras alterações, principalmente para dispor sobre regras processuais dos processos da Justiça Federal e para tratar de providências a tornarem efetivas as instalações das seções judiciárias e início do funcionamento da Justiça

⁸ O Conselho de Justiça Federal fora instalado em 24/08/1966, tendo a 1ª composição formada pelo Ministro América Godoy Ilha, Presidente; Oscar Saraiva, Vice-Presidente; Antônio Neder, Corregedor; Márcio Ribeiro e Moreira Rabelo.

Federal. Quanto a esse momento, a definir o marco inicial oficial das atividades jurisdicionais da Justiça Federal, o DL 253 dispôs:

Art. 12. A instalação das Seções Judiciárias far-se-á em ato solene, presidido pelo Ministro Corregedor Geral ou por outro Ministro do Tribunal Federal de Recursos designado pelo Conselho da Justiça Federal [...].

Antes mesmo da instalação das seções judiciárias, os primeiros juízes federais foram nomeados pelo presidente da República em 14/03/1967 e tomaram posse em 25/04/1967, a eles cabendo as providências para concretizar a instalação das seções judiciárias, observando os locais das sedes e datas de instalação definidos pelo Conselho da Justiça Federal.

O primeiro quadro de servidores da Justiça Federal, num total de 755, com a respectiva nomeação, foi definido pelo Decreto 60.468, de 14/03/1967 (*Diário Oficial* de 14/03/1967, retificado no *DO* de 21/03/1967).

E ainda antes da instalação das seções judiciárias, o Conselho da Justiça Federal, pelo Provimento 1, atribuiu competência a 5 juízes federais recém-empossados para assumirem o pleno exercício da judicatura no atendimento de casos urgentes que já cabia aos juízes federais julgarem e que, até então, estavam sob o crivo dos juízes estaduais. Esses 5 primeiros juízes federais a entrarem em efetivo exercício foram Otto Rocha, no Distrito Federal; Cid Flaquer Scartezini, em São Paulo; Jorge Lafayette Pinto Guimarães, no Rio de Janeiro; Sebastião Alves dos Reis, em Minas Gerais e Orlando Cavalcanti Neves, em Pernambuco⁹.

A primeira Seção Judiciária a ser instalada foi a do Distrito Federal, em 23/05/1967, por definição do Conselho da Justiça Federal em sua sessão de 19/05/1967 (*DJU* 07/07/1967). Na sequência, foi instalada, em 29/05/1967, a Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Essa definição decorreu de anterior deliberação do CJF, na sessão de 05/10/1966 (*DJU* 14/10/1966), e que estabeleceu como primeiras seções a serem instaladas, as do DF, Rio de Janeiro e São Paulo.

Fato oportuno a esclarecer é que antes do início da instalação oficial e definitiva das seções judiciárias, e já com os juízes federais nomeados e designados para

as respectivas varas, esses passaram a se reunir em comissões de trabalho para tratar daquela instalação nos estados e, havendo dessas reuniões os respectivos registros, algumas seções judiciárias passaram a considerar o marco inicial de seu funcionamento as datas daquelas reuniões e não, efetivamente, as datas em que foram definitiva e oficialmente instaladas, conforme datas definidas pelo Conselho da Justiça Federal.

Em 13/12/1968 é editado o AI 5, suspendendo as garantias constitucionais da vitaliciedade e inamovibilidade dos juízes, e excluindo da apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com aquele Ato Institucional.

Apesar de a Lei 5.010/1966, por seu art. 12, já dispor sobre a instalação de vara federal no interior, somente em 1968, com o Decreto-Lei 384, de 26 de dezembro, é que se tem prevista a primeira vara federal, no caso, em Santos/SP.

Com a Emenda Constitucional 11/1969, estende-se a competência delegada à Justiça Estadual para o julgamento das causas previdenciárias, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos.

A Lei 5.677, de 15 de julho de 1971, regulamenta, dentre outras questões, a atinente ao provimento de cargo de juiz federal substituto apenas por concurso público, reservando-se o provimento dos cargos de juiz federal privativamente por promoção dos juízes federais substitutos, e alternadamente por antiguidade ou merecimento. Altera-se, assim, o critério de provimento do cargo de juiz federal anteriormente previsto pela Lei 5.010/1966, art. 19, § 10, *b*, e que não se destinava, exclusivamente, à promoção na carreira. Os juízes federais substitutos são vinculados a uma determinada Região, e não a uma seção judiciária específica. Na época eram 5 as Regiões existentes. São extintas as Seções Judiciárias dos Territórios do Amapá, de Roraima e Rondônia, cabendo ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e respectivos juízes de Direito a jurisdição anteriormente conferida à Justiça Federal. Criam-se mais 14 varas federais, totalizando-se, a partir daí, 55 varas federais. Os casos de remoção ou permuta de juízes federais e juízes federais substitutos são decididos pelo presidente da República.

Sob o amparo desta Lei 5.677/1971 é realizado o 1º Concurso Público para Provimento dos Cargos de Juiz Federal Substituto, que fora disciplinado pela

⁹ Conforme registra o Desembargador Federal aposentando Vladimir Passos de Freitas, em sua obra *Justiça Federal – Histórico e Evolução no Brasil*, Curitiba: Juruá, 2003, p. 52.

Resolução 8, de 28/06/1972, do TFR¹⁰. Sua realização dá-se entre 06/07/1972 (data de abertura das inscrições) e 24/06/1974 (data da homologação dos resultados), inscrevendo-se 427 candidatos, com 17 aprovados, sendo nomeados em 04/09/1974¹¹.

O Poder Judiciário nacional, e não apenas o Poder Judiciário da União, volta a ser tratado na Constituição Federal, pela Emenda Constitucional 7, de 13/04/1977, incluindo, dentre aqueles órgãos anteriormente nominados, o Conselho Nacional da Magistratura e os tribunais e juízes estaduais.

Pela mesma Emenda Constitucional 7/1977 tem-se a ampliação da composição do Tribunal Federal de Recursos para 27 ministros, e, pela primeira vez, a previsão do preenchimento dos cargos de ministro, em número de 15, pelo critério exclusivo de promoção de juízes federais¹². São transformados os cargos de juiz federal substituto em cargos de juiz federal, ficando aqueles juízes investidos neste cargo. O ingresso na carreira dá-se dentre candidatos com mais de 25 anos de idade aprovados em concurso público. Fica resguardado à lei atribuir aos juízes federais exclusivamente função de substituição junto às seções judiciárias, ou função de auxílio aos juízes titulares de varas. Estende-se a competência delegada à Justiça dos Estados para, além da matéria previdenciária, julgarem as causas atinentes aos executivos fiscais e outras ações previstas em lei, com recurso para o TFR.

A estrutura organizacional da Justiça Federal é ratificada pela Lei Complementar 35, de 14/03/1979, que trata da organização da magistratura nacional. A partir de então, tem-se uma extensa criação de varas federais e respectivos cargos de juiz federal. Com a Lei 7.007/1982 são criados mais 38 cargos de juiz

federal. A Lei 7.178/1983 cria outras 21 varas federais e respectivos cargos de juiz federal. Pela Lei 7.583, de 6 de janeiro de 1987, são criadas 68 varas federais, dentre elas, 19 em cidades do interior do País, e com os respectivos cargos de juiz federal. A Lei 7.595, de 08/04/1987, cria 30 cargos de juiz federal substituto, a serem preenchidos por concursos públicos, exigindo-se, para este, idade entre 25 e 50 anos e 2 anos de prática forense. A Lei 7.631/1987 cria mais 8 varas federais com os respectivos cargos de juiz federal.

Advindo a Constituição Federal de 1988, são criados no âmbito da Justiça Federal, em substituição ao Tribunal Federal de Recursos – TFR, 5 tribunais regionais federais, de acordo com o art. 27, § 6º, do ADCT-CF/1988, e instalados em 30/03/1989.

A composição de cada TRF foi definida pela Lei 7.727/1989, art. 2º, nos seguintes termos:

Os Tribunais Regionais Federais terão a seguinte composição inicial: 18 (dezoito) juízes, nas 1ª e 3ª Regiões; 14 (quatorze) nas 2ª e 4ª Regiões; e 10 (dez) juízes, na 5ª Região [...].

A Justiça Federal de 2ª instância passou a contar, assim, com 74 membros, ao invés dos 27 da última composição do TFR, conforme art. 2º da Lei 7.727/1989.

A nomeação dos novos 75 juízes membros dos tribunais regionais federais deu-se por Decretos de 22 de março de 1989, publicados no *DOU*, Seção 2, de 27/03/1989, pp. 1 a 7.

A definição da jurisdição e sede dos TRFs coube ao Tribunal Federal de Recursos, pela Resolução 1, de 06/10/1988, em cumprimento ao art. 27, § 6º, do ADCT-CF/1988, da seguinte forma: TRF 1ª Região, com jurisdição no Distrito Federal e nos Estados de Minas Gerais, Goiás, Mato Grosso, Bahia, Piauí, Maranhão, Pará, Amazonas, Tocantins, Amapá, Roraima, Rondônia, Acre, e sede em Brasília; TRF 2ª Região, com jurisdição no Rio de Janeiro e Espírito Santo e sede no Rio de Janeiro; TRF 3ª Região, com jurisdição em São Paulo e Mato Grosso do Sul e sede em São Paulo; TRF 4ª Região, com jurisdição no Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná e sede em Porto Alegre; TRF 5ª Região, com jurisdição em Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Ceará, com sede em Recife.

Com base no art. 3º, § 2º, e art. 4º da Lei 7.727/1989, o Tribunal Federal de Recursos expediu

¹⁰ A comissão examinadora daquele concurso fora integrada pelo Ministro Jorge Lafayette, pelo Juiz Federal Carlos Mário Velloso, pelo Professor Roberto Lyra Filho, pelo advogado Dr. Josaphat Marinho, e tendo por Secretário o Dr. José Vidigal de Oliveira.

¹¹ São os seguintes os candidatos aprovados, pela ordem de classificação, de acordo com o Decreto Presidencial de 03/09/1974: Carlos David Santos Aarão Reis, Dário Abranches Viotti, Fernando Noronha, Paulo Freitas Barata, Newton Miranda de Oliveira, Agostinho Fernandes Dias da Silva, Marcio Antonio Inacarato, Sebastião de Oliveira Lima, Hugo de Brito Machado, Homar Cais, Bento Gabriel da Costa Fontoura, José Alves de Lima, Jonas Nunes de Faria, Jorge Tadeo Flaquer Scartezini, Hélio Callado Caldeira, Julieta Lidia Machado Cunha Junior, Vicente Porto de Medeiros.

¹² Antes dessa previsão o Ministro Álvaro Peçanha Martins fora o primeiro juiz federal a ascender ao TFR, tendo tomado posse em 04/12/1969.

o Ato 1.314¹³, de 28 de março de 1989, definindo a posse dos juízes e instalação simultânea dos 5 tribunais regionais federais, para o dia 30 de março de 1989, o que fora realizado em cada uma das sedes dos TRFs.

A Lei 7.746, de 30/03/1989, dispôs sobre a instalação do Superior Tribunal de Justiça, o que se concretizou em 07/04/1989, quando já instalados e em funcionamento os 5 TRFs.

Outra significativa mudança da Justiça Federal é observada a partir de sua regionalização, momento em que o 1º grau passa por destacada expansão. São criadas, pela Lei 8.146/1990, 2 varas federais no Rio Grande do Sul. Com a Lei 8.235/1991 são criados 186 cargos de juiz federal substituto em toda a Justiça Federal. Pela Lei 8.251/1991 são criadas 16 varas federais na 1ª Região, e, também, as Seções Judiciárias de Tocantins, Amapá e Roraima.

Em 1992, a Lei 8.416 cria 55 varas na Justiça Federal da 3ª Região, sendo 53 varas na Seção Judiciária de São Paulo e 2 varas em Mato Grosso do Sul. São criadas, pela Lei 8.424/1992, 31 varas federais na 4ª Região. A Lei 8.495/1992 cria 3 varas federais na 5ª Região. A Lei 8.535/1992 cria 35 varas federais na 2ª Região, exclusivamente para a Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

Decorridos mais de 5 (cinco) anos da primeira fase de ampliação, este processo de crescimento da Justiça Federal é retomado no período de 1998 a 2003, com a Lei 9.642/1998, que cria 35 varas federais na 1ª Região, a Lei 9.664/1998, que cria 50 varas na 4ª Região, e a Lei 9.788/1999, que cria 100 varas federais cíveis e de execuções fiscais, e os respectivos 100 cargos de juízes federais e juízes federais substitutos, sendo 18 na 1ª Região, 15 na 2ª, 40 na 3ª, 15 na 4ª e 12 na 5ª Região. Um componente de destaque nesta Lei 9.788/1999, em seu art. 4º, é que passa a ser prevista a possibilidade de os TRFs convocarem juízes federais ou juízes federais substitutos para função de auxílio junto aos juízes dos TRFs, e limitada essa convocação a um magistrado por gabinete.

Modificação relevante na competência, estrutura e funcionamento da Justiça Federal deu-se com a Lei 10.259/2001, que criou os juizados especiais federais, para o julgamento de causas até 60 salários-mínimos, e para os crimes de menor potencial ofensivo, ou seja,

aqueles com pena máxima prevista não superior a dois anos. Para a instalação dos juizados especiais federais a lei previu que caberia aos TRFs definir as varas que passariam a se vincular àquela nova competência.

Dois anos mais tarde, para a consolidação dos juizados especiais federais e adoção de uma política de ampla interiorização da Justiça Federal, a Lei 10.772/2003 promove uma considerável expansão na estrutura da Justiça Federal, criando 183 varas federais e respectivos cargos de juiz federal, juiz federal substituto e quadro de servidores. Uma peculiaridade desta lei é que passou a definir os locais onde as varas seriam instaladas, medida que, até então, era reservada aos próprios tribunais regionais federais. As 183 varas foram assim distribuídas pela lei: 59 na 1ª Região; 27 na 2ª; 28 na 3ª; 36 na 4ª e 33 na 5ª. Nesta Lei 10.772, foram ainda criados 7 cargos de juiz federal substituto na 2ª Região e 10 na 3ª Região, de modo a suprir a necessidade de tais cargos em razão da promoção a juiz federal de que trata o art. 28, *caput*, segunda parte, do ADCT/CF 1988.

Na mesma linha da política de expansão da Justiça Federal quanto aos juizados especiais federais e à interiorização, em 2009 é editada a Lei 12.011, com a criação de mais 230 varas federais e seus cargos de juiz federal, juiz federal substituto e quadro de servidores. Uma peculiaridade desta lei é que deixa de definir quantas varas caberiam a cada Região, sendo que tal definição seria do Conselho da Justiça Federal, resultante dos critérios definidos pelo art. 1º, como, por exemplo, a demanda processual, a densidade populacional e o PIB.

Pela referida Lei 12.011/2009, em seu art. 7º, passou a ser previsto o cargo de juiz-relator de turma recursal, que se daria com a transformação de parte dos 230 cargos de juiz federal de varas recém-criados. Até então, os juízes-relatores de turmas recursais desempenhavam essa atribuição cumulativamente com as atribuições de juiz federal de vara. Outra modificação dessa Lei 12.011 foi a delimitação de convocação aos TRFs apenas de juízes federais, não mais se prevendo os juízes federais substitutos.

Com a Lei 12.665/2012 são criadas 75 turmas recursais e 225 cargos de juiz federal, passando-se a dar estrutura e funcionamento próprios às turmas recursais e que, até então, funcionavam com a designação provisória e o deslocamento de juízes federais ou juízes federais substitutos de suas varas para atuarem nas turmas recursais. A partir desta Lei 12.665/2012, os

¹³ Disponível em: <file:///C:/Users/JFDF/Downloads/Ato%201314_1989.pdf>.

cargos de juiz federal de turma recursal passaram a ter provimento específico, por remoção pelos critérios de antiguidade, e não mais apenas por mera designação de magistrados pelos TRFs. As turmas recursais passaram a ser 25 na 1ª Região; 10 na 2ª; 18 na 3ª; 12 na 4ª e 10 na 5ª Região.

Essa Lei 12.665/2012 encerra o ciclo de grande expansão da Justiça Federal, e que, em pouco menos de uma década, de 2003 (Leis 10.772/2003 e 12.011/09) a 2012, criou 413 varas federais, 75 turmas recursais e 918 cargos de magistrados federais. A partir dessa grande reestruturação a Justiça Federal passou a observar sua expansão apenas pontualmente, com a criação de vara federal para atender a demandas específicas.

Nesse novo ciclo, tem-se a Lei 12.762/2012, que criou 3 varas federais no Estado do Amapá; a Lei 13.088/1915, que criou 1 vara federal em Pitanga/PR; a Lei 13.251/2016 com 1 vara federal em Rondonópolis/MT; Lei 13.252/2016, criando 2 varas no Tocantins, sendo 1 em Palmas e outra em Araguaína; Lei 13.253/2016, que cria 1 vara federal em Cascavel/PR; Lei 13.282/2016 com 2 varas federais em Gravataí/RS e a Lei 13.283/2016, que criou 1 vara federal em Ijuí/RS.

E mesmo com essa relevante expansão da Justiça Federal em pouco mais de duas décadas, o número de varas federais e juízes ainda não atende satisfatoriamente às demandas da Justiça Federal, havendo seções judiciárias, como a do Distrito Federal, por exemplo, em que ainda há uma grande carência na adequação de suas necessidades, principalmente quando considerada a relação do número de juízes/processos com varas federais de outras seções judiciárias, e o fato de ser a SJDF o foro universal das causas ajuizadas contra a União. Para superar essa deficiência, a SJDF, por exemplo, em 2017, tem a necessidade de ampliar sua estrutura em mais 10 varas cíveis, 3 criminais, 2 de execução fiscal e 4 dos juizados especiais federais.

Além da ampliação da Justiça Federal de 1º grau, a Justiça Federal de 2º grau também passou por processos de aumento do seu número de juízes e até mesmo de ampliação de sua regionalização, com a criação de mais 4 TRFs pela EC 73/2013.

A primeira expansão da Justiça Federal de 2º grau deu-se no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, pela Lei 8.418/1992, que ampliou sua composição inicial de 18 para 27 juízes.

Em 1994, foi a vez de os TRFs da 2ª e 4ª Regiões terem sua composição aumentada. A Lei 8.914/1994 ampliou o Tribunal Regional da 4ª Região de 14 para 23 o número de seus juízes. Pela Lei 8.915/1994 foi ampliada a composição do TRF da 2ª Região, de 14 para 23 juízes.

No ano de 2000 observou-se a maior reestruturação da Justiça Federal de 2º Grau, alcançando os 5 TRFs, e levando-os a ter a composição atual do número de seus juízes. Dessa época, tem-se a Lei 9.967/2000, que criou novos cargos de juízes integrantes dos Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 4ª e 5ª Regiões, e pela Lei 9.968/2000, com relação ao TRF da 3ª Região. A ampliação deu-se nos seguintes quantitativos: TRF 1ª Região, aumento de 9 juízes, passando de 18 ao total de 27 juízes; TRF 2ª Região, 4 juízes, passando ao total de 23 a 27 juízes; TRF 3ª Região, 16 juízes, passando de 27 ao total de 43 juízes; TRF 4ª Região, 4 juízes, passando de 23 ao total de 27 juízes; TRF 5ª Região, 5 Juízes, passando de 10 ao total de 15 juízes.

Com a Emenda Constitucional 45, de 2004, que tratou da Reforma do Poder Judiciário, passou a ser previsto o funcionamento dos tribunais regionais federais em câmaras descentralizadas, conforme disposição do § 3º do art. 107 da Constituição Federal, nestes termos:

[...]

§ 3º Os Tribunais Regionais Federais poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo [...].

Pela Emenda Constitucional 73/2013, foram criados mais 4 tribunais regionais federais, acrescentando-se ao art. 27 do ADCT-CF/1988, o § 11, com a seguinte redação:

São criados, ainda, os seguintes Tribunais Regionais Federais: o da 6ª Região, com sede em Curitiba, Estado do Paraná, e jurisdição nos Estados do Paraná, Santa Catarina e Mato Grosso do Sul; o da 7ª Região, com sede em Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, e jurisdição no Estado de Minas Gerais; o da 8ª Região, com sede em Salvador, Estado da Bahia, e jurisdição nos Estados da Bahia e Sergipe; e o da 9ª Região, com sede em Manaus, Estado do Amazonas, e jurisdição nos Estados do Amazonas, Acre, Rondônia e Roraima [...].

Não obstante a manifesta necessidade de ampliação do 2º grau da Justiça Federal, como o fez a EC 73/2013, seus efeitos foram suspensos por força de liminar na ADI 5.017/DF, de 2013, ainda pendente de julgamento definitivo quanto ao seu mérito.

Em 2014, o TRF da 1ª Região, pela Resolução Presi 23, de 1º/12/2014, valendo-se do disposto no art. 107, § 3º, da CF/1988, inserido pela EC 45/2004, cria as câmaras regionais previdenciárias para atuar, descentralizadamente, em julgamento de feitos previdenciários nas Seções Judiciárias da Bahia e de Minas Gerais¹⁴.

As turmas descentralizadas também passaram a ser previstas na 4ª Região, por decisão de 22/03/2017, do TRF4, e com previsão de instalação nas Seções Judiciárias do Paraná e de Santa Catarina, em matéria previdenciária.

Para superar a grave distorção do número de desembargadores federais à quantidade de processos nos 5 tribunais regionais federais, e ante os efeitos da liminar na ADI 5.017, têm sido buscadas outras alternativas, além das câmaras centralizadas, como o aumento do número de cargos de desembargadores nos próprios e atuais 5 TRFs, com a criação daqueles novos cargos, como o PL 8.132/2014, que prevê mais 82 cargos, sendo 33 no TRF da 1ª Região; 12 no TRF2, 17 no TRF3, 12 no TRF4 e 8 no TRF5. Outra alternativa que tem sido buscada é a transformação de cargos de juiz federal substituto em cargos de desembargador federal, como trata a proposta de anteprojeto de lei contida na Resolução Presi 6¹⁵, de 17/02/2017, do TRF da 1ª Região, e que busca converter 24 cargos de juiz

federal substituto em 21 cargos de desembargador federal.

Nessa trajetória de seus 50 anos, em que se fez bastante expressivo o crescimento estrutural da Justiça Federal, o seu quadro atual, apresenta os seguintes dados: 981 varas federais; 71 turmas recursais; 5 turmas regionais de uniformização; 2.301 magistrados, sendo 165 desembargadores federais, 1.413 juízes federais e 723 juízes federais substitutos¹⁶.

O corpo funcional da Justiça Federal, em 2015, era de 28.296 servidores, 18.238 auxiliares contratados (terceirizados e estagiários).

Com um orçamento anual no total de 9,9 bilhões de reais, para custear suas despesas com recursos humanos e materiais, na Justiça Federal os valores em recolhimentos judiciais somaram mais de 47 bilhões e 100 milhões de reais, sendo R\$ 96.712.704,00 em custas judiciais, R\$ 17.837.957.076,00 em execuções fiscais e R\$ 29.174.392.506,00 em depósitos judiciais¹⁷.

Na Justiça Federal, em 2016, foi efetuado o pagamento total em execuções judiciais de mais de 27 bilhões e 100 milhões de reais, sendo R\$ 17.472.219.209,00 em precatórios, e R\$ 9.637.823.493,00 em RPVs.

Estes os registros históricos e dados numéricos a revelarem, a par de sua relevância institucional na construção de importante história do País, a dimensão que tomou a Justiça Federal nos 50 anos de sua trajetória.

¹⁴ Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/dspace/bitstream/handle/20123/44519/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Presi%2023%20-%20Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20institui%C3%A7%C3%A3o%20de%20C%C3%A2maras%20Regionais%20Previdenci%C3%A1rias.pdf?sequence=3>>.

¹⁵ Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/dspace/bitstream/handle/20123/20130707/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Presi%20>

[6%20-%20Aprova%20anteprojeto%20de%20Lei%20para%20encaminhamento%20ao%20CJF.pdf?sequence=1](http://www.trf1.jus.br/dspace/bitstream/handle/20123/20130707/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Presi%206.pdf?sequence=1)>.

¹⁶ Em dados de 31/12/2016, fornecidos pelo CJF, como se vê pelo Expediente CJF-ADM-2017/00127, de 07/04/2017.

¹⁷ Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/atlas/Internet/Receitas_Fiscais_Consolidadas.htm>.

O direito de ser bem acusado, ou nem tudo pode numa acusação*

Néviton Guedes**

O Estado Democrático e a sociedade que ele representa têm que lutar com todas as suas forças contra o obscurantismo advindo de apelos irracionais daqueles que acreditam que, para saciar nosso desejo de sangue e de justiça, nos tempos que correm, como na inesquecível canção de Cole Porter, qualquer coisa serve, “qualquer coisa vai” (*anything goes*).

Não, numa democracia, nem tudo pode, nem tudo serve. Ainda que a impunidade nos confronte com desenvoltura, também aí, para lembrar a célebre frase de um admirado ministro do STF, a democracia cobra o seu preço. Em verdade, muito do que a Constituição faz é insistir nessa ideia prosaica. Vejamos.

Ninguém tem o desejo e muito menos a pretensão de ser acusado. Por isso, a afirmação de que o indivíduo tem o direito a uma boa acusação poderá — para muitos — encerrar verdadeiro paradoxo. Entretanto, superada a surpresa inicial, o fato é que, se ainda somos uma sociedade governada por leis e não pelo humor da opinião pública, facilmente se conclui que, na nossa ordem constitucional, existe um indubitado direito fundamental a uma acusação justa, o que implica dizer: uma acusação precisa, quanto à narração dos fatos, ser coerente quanto a sua conclusão (pedido) e, além de tudo, juridicamente fundamentada. Mais do que isso, também o Judiciário não está livre, nas decisões que profere, especialmente, em caso de condenação, de demonstrar que a conclusão de seu raciocínio manteve absoluta *congruência* com os fundamentos, as provas e o pedido como realmente foram deduzidos pelo autor da demanda inicial e, ainda mais importante, em total respeito e consideração pelo que, no curso do processo, foi submetido ao crivo do contraditório e da defesa do acusado.

O advogado experiente poderia objetar que uma acusação genérica na narrativa dos fatos, inconsistente em seus fundamentos jurídicos e incoerente no pedido apresentado, acabaria sempre por favorecer o acusado, já que a acusação mal construída, seja pela imprecisão

dos fatos descritos ou pela incongruência lógica entre motivos e conclusão (pedido), deveria resultar sempre em julgamento favorável daquele contra quem se levantou o poder acusatório do Estado. Infelizmente, contudo, cuidando-se da justiça dos homens, nem sempre a lógica e o bom senso prevalecem como resultado de seus julgamentos.

Numa época como a nossa, em que a sensação de impunidade estimula a presunção de que todos são culpados até que provem o contrário, quando se passa a admitir acusações deduzidas de forma genérica, onde fatos imprecisos se cruzam com provas aceitas de forma aberta e indeterminada (predispostas a provar tudo e nada), pode-se pedir qualquer coisa sobre qualquer coisa, pois, ao final, restará sempre uma certeza difusa no órgão julgador de que, por entre aquela maranha de fatos e provas e diante do apelo público contra a impunidade, alguma condenação deva ser imposta.

De fato, não é raro que a *ausência de precisão*, ou a *inexistência de congruência* lógica entre fatos e pedido, na peça acusatória, acabe por favorecer um ambiente já turvado pelo anseio difuso de quem pretende “fazer justiça a qualquer preço”, não importando para tanto que, numa ou noutra ação, sejam atropelados os postulados do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Aqui um bom juiz nunca recusará um pouco mais de cuidado e prudência na análise e interlocução lógica dos fatos e do pedido à luz do que se permitiu ao acusado, diante da delimitação promovida na própria inicial, apresentar como defesa e contraditório.

No Estado Democrático de Direito, “justiça a qualquer preço” não passa de desabrida violação aos padrões mínimos de civilização hoje constitucionalizados em todos os países que de fato e de direito podem trazer sem rubor as cores e marcas da democracia. Processo justo, não apenas para o acusado, mas também para a acusação e até mesmo para a vítima, é, antes e sobretudo, numa democracia constitucional, o processo devido, nomeadamente o processo em que se respeita e garante os postulados do contraditório e da ampla defesa.

Diversamente do que corriqueiramente se insinua, o contraditório e a ampla defesa, características

* Artigo originariamente publicado na *Revista Eletrônica Conjur*, na coluna Constituição e Poder, do dia 8 de setembro de 2014.

** Néviton Guedes é desembargador federal do TRF da 1ª Região e doutor em Direito pela Universidade de Coimbra.

essenciais ao devido processo legal, para muito além de interessarem apenas ao acusado, precisamente, por propiciarem o único itinerário em que a verdade pode desenvolver-se sob o signo da racionalidade, e não da violência e do arbítrio, acabam por interessar também e em grande medida ao Estado e à vítima, que obviamente não querem a condenação de um indivíduo qualquer em cujo castigo, obtido não importa como, possam saciar um mal explicado desejo primitivo de vingança. Ao contrário, o Estado e a vítima, é de se esperar, almejam justiça verdadeira e plena, isto é, aquela que resulta de decisões que se suportam em procedimentos e impulsos oficiais que, por se submeterem ao permanente confronto da ampla defesa e do contraditório, podem, a qualquer momento, justificar-se racionalmente.

No âmbito de nossa mais elevada jurisprudência, lembra o Min. Gilmar Mendes que o Supremo Tribunal Federal, em processos acusatórios, tem emprestado especial homenagem ao princípio do devido processo legal, ao ponto de exigir respeito à ampla defesa e ao contraditório já ao início da demanda, ao censurar e proscriver como juridicamente inadmissíveis as chamadas denúncias genéricas ou imprecisas (cito):

Outra questão relevante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diz respeito ao contraditório e à ampla defesa exercida em face de denúncia genérica ou que não descreve de maneira adequada os fatos imputados ao denunciado. É substancial a jurisprudência do Tribunal, que considera atentatório ao direito do contraditório o oferecimento de denúncia vaga ou imprecisa, por impedir ou dificultar o exercício do direito de defesa.¹

Mais uma vez, infelizmente, o óbvio exige proclamação. O que o Supremo está a afirmar é que, mais do que o antigo dogma que sustenta a ideia de que o acusado se defende dos fatos, devemos tomar a sério a conclusão de que, bem observado o contraditório e a ampla defesa, na exigência de uma denúncia precisa, revestida de densidade e coerência, pode-se concluir que, ainda com mais razão, *o acusado se defende realmente apenas do conjunto de fatos que, da profusão de circunstâncias eventualmente contidas nos autos, o autor resolveu delimitar na peça inaugural e atribuir-lhe a autoria.*

Em outras palavras, ainda que a denúncia ou a acusação possam ser sucintas, não se pode esquecer que o acusado se defende dos fatos *a ele imputados* (com precisão e coerência), ou seja, ele se defende não do universo de fatos eventualmente constantes dos autos, mas *dos fatos que, desse universo, o órgão acusador resolveu, com precisão, destacar e imputar-lhe a autoria.* De nada valeria a exigência de precisão e certeza da narrativa dos fatos, se além daqueles fatos a ele imputados, o acusado tivesse que se defender e pudesse ser condenado por fatos não destacados — repito, com precisão — na denúncia ou peça acusatória (no caso da ação de improbidade). Por incrível que pareça, em denúncias genéricas, nem sempre tais distinções serão percebidas e muito menos respeitadas.

Para quem se interessa pelo tema, na sequência de sua sempre ilustrada retórica, o Min. Gilmar Mendes refere uma sequência de expressivos precedentes que deram corpo a essa verdadeira jurisprudência de promoção da liberdade.²

Neste passo, devo insistir, obviamente, o dever de imputações precisas, certas, densas e coerentes, como exigido pelo Supremo, impõe-se e estende-se a todos os processos dos quais possam resultar restrições aos mais caros direitos fundamentais do acusado, como são as restrições ao direito fundamental de ir e vir (no caso do processo penal), assim como limitações aos direitos políticos e aos demais direitos de liberdade (caso da ação de improbidade e qualquer outro processo que tenha, direta ou indiretamente, a eficácia da inelegibilidade).

Bem observados os fatos, o que aqui se verifica é a exigência de transposição do plano da *tipicidade cerrada* (prévia, escrita, certa e estrita), *antes restrito ao âmbito da abstração da lei, para a esfera concreta do processo.* De fato, se, pelas sérias consequências para os direitos fundamentais do cidadão, as acusações por prática de crimes, de atos de improbidade ou que impliquem inelegibilidade, exigem, *no âmbito abstrato da lei*, a prescrição e certeza de condutas hipoteticamente conformadas (*Tatbestand*) sob o signo do princípio da *tipicidade cerrada*, com mais razão ainda, *na concretização do processo*, a necessidade de garantia eficiente dos direitos do cidadão há de exigir acusações precisas, coerentes e fundamentadas,

¹ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 6. ed., 2011, p. 499.

² *Ibidem*, p. 499.

assim como decisões judiciais *congruentes* com o que proposto e apurado sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Em resumo, como se sabe, a exigência de *tipicidade fechada* (1) não consente com retroatividade de leis incriminadoras, (2) proíbe a criminalização de condutas com fundamento em humores e costumes sociais (postulado da norma escrita), (3) não aceita a indeterminação da norma incriminadora (que deve ser certa) e (4) não admite a analogia para prejudicar o acusado (postulado da norma estrita). Contudo, não basta a esse conjunto de garantias que a proteção ao cidadão seja apenas promovida na abstração da norma incriminadora; nada disso teria valor, se, no momento de acusar, a denúncia criminal ou petição inicial de uma ação de improbidade pudesse ser genérica ou imprecisa quanto à narrativa dos fatos e incoerente com a sua conclusão (pedido). Além disso, todas essas garantias também estariam irremediavelmente

comprometidas se, depois de desenvolvida a defesa e o contraditório, pudesse o magistrado desconectar-se dos fundamentos e/ou do pedido, como então desenvolvidos nos autos, para, com violação ao *princípio da congruência*, proferir decisão logicamente incoerente com o que as partes afirmaram, provaram e pediram nos autos.

Para tudo resumir e concluir, o princípio da tipicidade estrita, em matéria de acusação, deve, para ser eficaz na proteção do contraditório e da ampla defesa, transpor as margens da abstração da lei e concretizar-se numa acusação precisa, coerente e bem fundamentada que, posteriormente, deverá encontrar eco numa sentença que se revele congruente com os fundamentos de fato e de direito, com as provas e com o pedido deduzido na inicial, sempre com máxima consideração ao que a defesa, *considerada a delimitação dos fatos que a acusação lhe imputou*, alcançou também produzir.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 13.466, de 12/07/2017.

Altera os arts. 3º, 15 e 71 da Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 13/07/2017.

Lei Complementar 160, de 07/08/2017 (mensagem de veto).

Dispõe sobre convênio que permite aos estados e ao Distrito Federal deliberarem sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea *g* do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal e a reinstauração das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais; e altera a Lei 12.973, de 13 de maio de 2014.

Publicada no *DOU* de 08/08/2017.

Medida Provisória 785, de 06/07/2017.

Altera a Lei 10.260 (Fies), de 12 de julho de 2001, e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 07/07/2017.

Medida Provisória 789, de 25/07/2017.

Altera a Lei 7.990, de 28 de dezembro de 1989, e a Lei 8.001, de 13 de março de 1990, para dispor sobre a Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais .

Publicada no *DOU* de 26/07/2017.

Medida Provisória 790, de 25/07/2017.

Altera o Decreto-Lei 227 – Código de Mineração, de 28 de fevereiro de 1967, e a Lei 6.567, de 24 de setembro de 1978, que dispõe sobre regime especial para exploração e aproveitamento das substâncias minerais que especifica, e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 26/07/2017.

Medida Provisória 791, de 25/07/2017.

Cria a Agência Nacional de Mineração e extingue o Departamento Nacional de Produção Mineral.

Publicada no *DOU* de 26/07/2017.

Medida Provisória 792, de 26/07/2017.

Institui, no âmbito do Poder Executivo federal, o Programa de Desligamento Voluntário, a jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional e a licença sem remuneração com pagamento de incentivo em pecúnia, destinados ao servidor da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

Publicada no *DOU* de 27/07/2017.

Medida Provisória 793, de 31/07/2017.

Institui o Programa de Regularização Tributária Rural junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Publicada no *DOU* de 1º/08/2017.

Decreto 9.094, de 17/07/2017.

Dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e institui a Carta de Serviços ao Usuário.

Publicado no *DOU* de 18/07/2017.

Decreto 9.098, de 18/07/2017.

Altera o Decreto 8.929, de 9 de dezembro de 2016, que regulamenta a Lei 13.340, de 28 de setembro de 2016, que autoriza a liquidação e a renegociação de dívidas de crédito rural, e dá outras providências.

Publicado no *DOU* de 19/07/2017.

Decreto 9.101, de 20/07/2017.

Altera o Decreto 5.059, de 30 de abril de 2004, e o Decreto 6.573, de 19 de setembro de 2008, que reduzem as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins incidentes sobre a importação e a comercialização de gasolina, óleo diesel, gás liquefeito de petróleo (GLP), querosene de aviação e álcool.

Publicado no *DOU* de 21/07/2017.

Decreto 9.108, de 26/07/2017.

Altera o Decreto 99.684, de 8 de novembro de 1990, para dispor sobre normas regulamentares do saque da conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

Publicado no *DOU* de 27/07/2017.

Decreto 9.109, de 27/07/2017.

Regulamenta a Lei Complementar 159, de 19 de maio de 2017, que institui o Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal.

Publicado no *DOU* de 28/07/2017.

Decreto 9.112, de 28/07/2017.

Dispõe sobre a participação nos Conselhos de Supervisão de que trata o art. 6º da Lei Complementar 159, de 19 de maio de 2017, até a criação dos seus cargos em comissão e altera o Decreto 6.573, de 19 de setembro de 2008, que reduz as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins incidentes sobre a importação e a comercialização de álcool, inclusive para fins carburantes.

Publicado no *DOU* de 28/07/2017.



Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico www.trf1.jus.br, *link* [jurisprudência/inteiro teor](#).

Primeira Câmara Regional Previdenciária da Bahia

Processual Civil. Previdenciário. Amparo assistencial (Loas). Pessoa portadora de distúrbio mental qualificada como "inválida". Obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público. Possibilidade de intimação de ofício do Parquet. Indeferimento da inicial por ausência de requerimento. Descabimento. Sentença anulada. Apelação provida.

I. O apelo deve ser conhecido, uma vez que atendidos os pressupostos legais de admissibilidade.

II. As razões do agravo retido — resumidas na desnecessidade de intervenção do *Parquet* — foram reiteradas em preliminar, esbarrando, no entanto, nas alegações da própria autora, que se qualifica como "inválida" em razão de transtorno de natureza psiquiátrica — "Depressão Moderada (CID F32.1) - Episódio depressivo moderado - e traços psicóticos associados a Síndrome de pânico". A invalidez (incapacidade total e permanente) decorrente de distúrbio mental se subsume à previsão do art. 82, I, do CPC/1973 (art. 178, II, do código atual), afigurando-se obrigatória a participação do *Custos Legis*.

III. Não obstante a insubsistência da tese do agravo (também invocada para respaldar a apelação), não se mostra acertado o indeferimento da inicial por não ter sido promovida a emenda determinada, não só porque não houve prévia apreciação do pedido de retratação — providência que poderia ter conduzido a autora a rever o anterior posicionamento e atender ao despacho —, mas também porque a intimação do Ministério Público, nos casos em que há imposição legal, pode ser determinada de ofício, não sendo a ausência de requerimento expresso da parte interessada (mormente quando se cogita de incapaz) suficiente para justificar a extinção precoce.

IV. Sentença anulada, determinando-se o retorno dos autos à origem para a adoção das providências necessárias ao desenvolvimento válido do feito (v.g. regularização da representação processual da autora, tendo em vista a alegação de invalidez por distúrbio de natureza psiquiátrica) e intervenção do órgão ministerial na forma da lei, procedendo-se ao regular processamento e ao conhecimento do pedido ao final, se for o caso. Apelação provida.

(Apelação Cível 0062947-61.2009.4.01.9199/GO, rel. Juiz Federal Pompeu de Sousa Brasil, unânime, e-DJF1 de 20/06/2017, p. 1.115)

Corte Especial

Conflito de competência entre seções especializadas. Ação civil pública. Pretensão de que se determine a nomeação de membro do Ministério Público Federal para o Conselho Penitenciário do Estado de Roraima e de que o estado receba, sem restrições, presos provenientes da Justiça Federal. Questões de natureza administrativa. Prevalência da competência da Terceira Seção.

I. As pretensões formuladas pelo autor da ação civil pública — i) de que seja determinado ao Estado de Roraima que nomeie membro do Ministério Público Federal para o Conselho Penitenciário daquele estado; ii) e de que receba ou deixe de opor restrição ao recebimento de presos provenientes da Justiça Federal — são de ordem administrativa.

II. Embora a segunda pretensão envolva *lato sensu* o direito criminal, porque o referido Conselho Penitenciário está previsto na LEP, sua essência também é administrativa, porque, assim como no primeiro pedido, interfere diretamente na prática de atos de gestão pela Administração do estado-réu.

III. Enquanto a especificidade da competência em matéria criminal da Segunda Seção gera maiores dificuldades para o exame da parte do pedido que é de natureza eminentemente administrativa, a competência residual da

Terceira Seção dá a este órgão julgador melhores condições para avançar em todos os pedidos, notadamente quando o § 6º do art. 8º do RITRF1 prevê que, para efeito de definição de competência, deverá ser levado em consideração, prioritariamente, o pedido, e se houver cumulação de pedidos, prevalecerá o principal.

IV. Conflito conhecido e julgado procedente para declarar competente a 3ª Seção deste Tribunal.

(Numeração única: 0001778-55.1997.4.01.4200, Conflito de Competência 1997.42.00.001781-0/RR, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, maioria, *e-DJF1* de 13/07/2017, p. 221)

Segunda Seção

Penal e Processo Penal. Conflito de competência. Crimes de contrabando. Feitos em fases distintas. Inquérito policial e ação penal. Conjuntura fática das investigações. Recomendação de análise por um mesmo juízo. Prevenção.

I. Hipótese em que se detecta continência ou prevenção entre o objeto do Inquérito Policial 27966-41.2015.4.01.3800/MG e da Ação Penal 83790-69.2014.4.01.3800/MG, nos quais se imputa à mesma pessoa a prática de núcleos distintos — importar e expor à venda — do tipo de natureza múltipla do crime de contrabando.

II. Embora não se possa falar, tecnicamente, em conexão a permitir a reunião dos processos, inclusive ao se considerar as fases distintas em que se encontram os feitos (ação penal e inquérito policial), a conjuntura fática das investigações recomenda a sua análise por um mesmo juízo. Não há como dizer, sem erro, que não exista ligação entre as investigações. Competência que se fixa pelo critério da prevenção (art. 83 do Código de Processo Penal).

III. Conflito conhecido para declarar a competência do juízo suscitante, Juízo Federal da 9ª Vara/MG.

(Conflito de Competência 0062732-90.2016.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, *e-DJF1* de 26/06/2017, p. 197)

Processual Penal. Conflito negativo de competência. Resolução Presi 46/2015. Denúncia recebida. Princípio da perpetuatio jurisdictionis. Inaplicabilidade. Competência do juízo que exerce jurisdição na localidade em que teria ocorrido os fatos narrados na denúncia.

I. Na linha da compreensão adotada pela Segunda Seção deste Tribunal, a competência em matéria penal não acompanha necessariamente o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* (art. 43 do NCPC), na medida em que pode ser fixada pelo juízo positivo de admissibilidade da denúncia que dá início à ação penal.

II. Recebida a denúncia pelo Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, em Belo Horizonte, este se tornou competente para processar e julgar a ação penal instaurada em face de fatos ocorridos no âmbito do Município de Gouveia/MG, uma vez que a Resolução Presi 46/2015 excluiu o referido município da base territorial da Subseção Judiciária de Sete Lagoas/MG e transferiu sua jurisdição para a SJMG.

III. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, ora suscitado.

(Conflito de Competência 0023253-56.2017.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, *e-DJF1* de 30/06/2017, p. 878)

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 efeito 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 constritiva.

(Mandado de Segurança 0002854-06.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, maioria, *e-DJF1* de 20/06/2017, p. 393)

Processual Penal. Revisão criminal. Formação de quadrilha. Sentença condenatória contrária ao texto expresso da lei penal. Não comprovação. Inexistência de novas provas de inocência do condenado. Improcedência da revisão criminal.

I. A revisão criminal, admissível nas hipóteses taxativas do art. 621 do CPP, não se presta à rediscussão da prova, já examinada na instância ordinária, sob o fundamento de injustiça da condenação, ressalvada a hipótese de basear-se a sentença em “depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos”, o que não se dá na hipótese. A sentença, confirmada em apelação, demonstrou a participação do requerente nos crimes de roubo e formação de quadrilha.

II. Sentença contrária à evidência dos autos é aquela que se revela totalmente divorciada dos elementos probatórios produzidos na instrução, situação que não se confunde com aquela em que o julgador, no exercício do livre convencimento, opta por uma linha fundamentada de convencimento e acolhe a pretensão punitiva.

III. Não se sujeita (em princípio) à revisão criminal a fixação de pena-base firmada a partir do exame das circunstâncias do art. 59 do CP, confirmada em recurso pelo Tribunal, antecedentes em face dos quais a medida traduz mero inconformismo quanto aos fundamentos da sentença, que, mesmo compreensíveis, não têm aptidão ou serventia para a finalidade revisional no atual nível. A condenação não contraria texto expresso de lei ou a evidência dos autos.

IV. Nos termos da Lei de Execução Penal (art. 66), compete ao juiz da execução “aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado”, entendimento este pacificado na Súmula 611 do STF a qual preceitua que “transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das Execuções a aplicação de lei mais benigna”. A despeito de eventuais precedentes em contrário, o tema (*novatio legis in melius*) não deve ser tratado em revisão criminal.

V. Improcedência da revisão criminal.

(Revisão Criminal 0030094-38.2015.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, *e-DJF1* de 24/07/2017, p. 4)

Processo Penal. Mandado de segurança. Sentença penal condenatória. Perdimento de bens em favor da União. Desfazimento em apelação. Discriminação, em ação própria, de bens como produto de crime. Aquisição com recursos oriundos do crime. Novo sequestro dos bens. Ilegalidade. Devido processo legal. Relevância da fundamentação e risco de danos irreparáveis. Ordem concedida.

I. O incabimento do mandado de segurança impetrado contra ato judicial não é absoluto, “admitindo-se-o nas hipóteses em que se postula a suspensão dos efeitos de decisão lesiva ao direito líquido e certo do impetrante, até a revisão do julgado pelo juízo recursal próprio, e, ainda, contra a decisão manifestamente contrária à lei, teratológica, ou nos casos em que a impetração é de terceiro, que não foi parte no feito, embora devesse dele participar”. (STJ, MS 9003/SP, rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Corte Especial, *DJ* 08/09/2003, p. 214.)

II. A apelação interposta pelo impetrante contra a decisão proferida pela 7ª Vara Federal/MT, nos autos da Execução Penal 008537-79.2003.4.01.3500/MT, foi recebida, em data posterior à concessão da liminar, como agravo em execução, autuado neste Tribunal em 14/07/2015 (AGEXPE 008537-79.2003.4.01.3500/MT).

III. Mandado de segurança que discute decisão que deferiu, em parte, pedido de discriminação de bens atingidos pelo confisco legal em favor da União, decretado em sentença condenatória, além da desconsideração inversa da personalidade jurídica de empresas do impetrante, com o conseqüente sequestro dos seus bens — matriz e filiais e de todos os seus bens, direitos e valores registrados em seu nome.

IV. O Tribunal, ao julgar a apelação da sentença condenatória, que decretara a perda de todos os bens dos acusados, de forma universal, sem indicação de cada item e sem demonstração, individualizada, da sua aquisição com proventos da infração (não basta presumir), ressaltou ao MPF a possibilidade de, “mediante medida própria, discriminar os bens que são produtos do crime ou que foram adquiridos com recursos dele provenientes.”

V. Em relação aos bens eventualmente objeto de sequestro válido — a decisão afirma que parte dos bens já havia sido objeto de sequestro, mas não os apontou nem indicou os agentes que seriam os seus proprietários —, a discriminação seria mais simples, desde que a sentença condenatória tivesse feito um *link* entre cada ativo e a aquisição com os produtos do crime; ou, se isso tivesse ocorrido, houvesse o perdimento sido confirmado.

VI. O sequestro busca, de forma intercorrente, ou antecedente, um resultado útil para o processo de fundo. Seu objetivo é a incolumidade dos ativos, até que se decida a causa principal. Admitir-se-ia novo sequestro, depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, se visasse a garantia de uma ação certificadora — de que os bens e outros ativos foram adquiridos com os produtos do crime — futura, a qual não se vislumbra.

VII. Ao decretar novo sequestro, depois de findo o processo, como medida (aparentemente) satisfativa, não acenou a decisão com um processo certificador futuro da aquisição dos bens com proventos ilícitos. Diversamente, agiu como se fora uma ação de conhecimento, decidindo questões e dispondo dos bens, o que não parece razoável. Ninguém (nem mesmo o condenado) será privado de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV – CF).

VIII. A execução das medidas decretadas, antes do trânsito em julgado da decisão respectiva, poderá acarretar à parte impetrante dano irreparável ou de difícil reparação, mormente caso esta Corte, ao final, modifique, pontual ou substancialmente, a referida decisão, o que aconselha a atribuição de efeito suspensivo ao recurso interposto da decisão que discriminou os bens e valores declarados perdidos em favor da União.

IX. Concessão do mandado de segurança.

(Mandado de Segurança Criminal 0068339-55.2014.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, *e-DJF1* de 27/07/2017, p. 26)

Processual Penal. Mandado de segurança. Medida cautelar criminal. Sequestro/bloqueio de bens e valores. Indeferimento de pedido de liberação do excesso em relação ao valor do dano constante de sentença condenatória. Decisão recorrível. (In) admissibilidade do mandado de segurança. Efeito suspensivo de decisão de conteúdo negativo. Decisão que incorre em ilegalidade. Perdimento solidário de bens. Impertinência. Violação a direito líquido e certo dos impetrantes. Concessão do mandado de segurança.

I. Pretendem os impetrantes a liberação de todos os valores bloqueados em razão do Pedido de Busca e Apreensão Criminal 0007250-79.2015.4.01.3400/DF e que excedam ao quanto estabelecido na sentença condenatória proferida na Ação Penal 0070091-13.2015.4.01.3400/DF, na monta de R\$ 358.400,00, pedido indeferido pela decisão impetrada, ao fundamento de que há outros processos penais contra os interessados, nos quais os valores excedentes podem ser utilizados como garantia dos eventuais danos.

II. Não se concederá mandado de segurança quando se tratar de “decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo” (Lei 12.016/2009 – art. 5º, II), hipótese que não se faz presente. O eventual efeito suspensivo de uma decisão negativa — a decisão indeferiu a liberação dos valores excedentes a R\$ 358.400,00 — deixa as coisas na mesma situação, o que, por não beneficiar a parte impetrante, atrai a incidência, *a contrario sensu*, da previsão do art. 5º, II, da Lei do Mandado de Segurança.

III. Precedentes da 2ª Seção (a mais disso) têm autorizado o manejo de mandado de segurança como sucedâneo de recurso ordinário quando a decisão se mostra ostensivamente ilegal, hipótese em que o manejo do recurso (apelação, na espécie) terá a virtude de apenas impedir que a decisão passe em julgado, o que legalmente também impediria o seu manejo (art. 5º, III – *idem*).

IV. Embora o juiz pudesse decretar o sequestro de ofício, em relação a imóveis, nos termos do CPP (arts. 125 a 127), e mesmo (de ofício) a medida assecuratória (inominada) de bens, direitos e valores de que trata o art. 4º da Lei 9.613, de 03/03/1998, não se afigura acertado, sem violação ao princípio acusatório/constitucional, que pudesse administrar o destino da garantia, para estender-lhe a eficácia, por conta própria, em relação a outras ações penais iniciadas posteriormente e quiçá oriundas de inquéritos policiais outros.

V. As medidas assecuratórias de bens, direitos e valores de que trata o art. 4º da Lei 9.613, de 03/03/1998, não podem ser determinadas de forma difusa, em função da reparação de danos em futuras ações penais, sequer quantificados dialeticamente, sem pedido da acusação. Os precedentes da Segunda Seção (Turmas), referentes à “reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido” (art. 387, IV – CPP), exigem pedido e discussão, pelo menos razoável, da obrigação nos seus planos de existência (*an debeat*) e de liquidez (*quantum debeat*).

VI. As limitações legais, substanciais ou cautelares, bem como as privações à liberdade e ao patrimônio (bens da parte), exigem rito e cumprimento de regras claras, pois se trata de valores invioláveis (CF – art. 5º, *caput* e inciso LIV). O sequestro de bens e valores, seja qual for o formato, constituindo medida de caráter excepcional, que afeta a inviolabilidade do direito de propriedade, constitucionalmente assegurado (art. 5º, *caput*), e que antecipa os efeitos de uma possível condenação, exige a presença cumulativa, devidamente demonstrada, dos requisitos da relevância da fundamentação e o risco de dano irreparável.

VII. Aludiu a decisão, ainda, a um possível perdimento solidário em relação a 14 denunciados no Processo 5944-07.2017, entre eles os impetrantes, o que também, dentro das regras do devido processo legal que deve reger a limitação ou a privação dos bens, não pode ser aceito de forma tão genérica, sem falar que a denúncia, acerca da imputação de lavagem de capitais, em relação aos impetrantes, nessa ação, foi rejeitada, para evitar ofensa ao princípio *ne bis in idem*.

VIII. Ainda que fosse o caso de responsabilidade solidária (art. 942 – CC), devidamente formatada, isso não quer dizer que a indisponibilidade deva ser praticada de forma nominalista, sem nenhuma centralidade de justiça e de razoabilidade, atingindo o patrimônio dos demandados de forma desmedida. A solidariedade não pode nem deve ser tratada de forma estritamente patrimonialista.

IX. Concessão do mandado de segurança.

(Mandado de Segurança Criminal 0018072-74.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, e-DJF1 de 07/08/2017, p. 8)

Terceira Seção

Processual Civil. Conflito de competência. Ação de busca e apreensão de menor. Foro do domicílio do detentor da criança. Art. 43 do novo Código de Processo Civil (NCPC). Alteração no decorrer da ação. Irrelevância. Competência do suscitado.

I. Consoante disposto no art. 43 do NCPC, “determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta”.

II. Hipótese em que, depois de proposta a ação, tendo sido manifestado pela ré a pretensão de mudar seu domicílio para outro estado, a magistrada processante determinou a remessa dos autos para essa localidade, em violação ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

III. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia, o suscitado.

(Conflito de Competência 0020706-43.2017.4.01.0000/GO, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 07/07/2017, p. 48)

Civil e Processual Civil. Embargos infringentes. Responsabilidade civil. Instituição bancária. Transferência de recursos de conta-corrente por procurador. Mandato que estabelecia atuação do mandatário sempre em conjunto com um dos diretores da mandante. Requisito não observado. Demonstração, porém, de que esta, por vários anos, até a revogação do instrumento procuratório, movimentava diretamente sua conta ou o fazia pelo mandatário — genro do diretor-presidente —, isoladamente.

I. Embora a procuração outorgada ao mandatário estabelecesse sua atuação em conjunto com um dos diretores da outorgante, restou demonstrado nos autos que esta, durante vários anos, até a revogação do instrumento procuratório, movimentava diretamente sua conta-corrente ou o fazia por meio do procurador, isoladamente.

II. Circunstância indicativa de concorrência de culpa no evento danoso, não se podendo pretender à luz do conjunto probatório que nele nenhuma tenha sido a responsabilidade da outorgante, nem, muito menos, que essa responsabilidade lhe deva ser atribuída em grau maior, a ponto de permitir redução da indenização devida pela instituição financeira a 1/3 (um terço) do montante do prejuízo sofrido.

III. Caracterizada, porém, dentro do mesmo contexto fático, responsabilidade em maior proporção da instituição financeira, exatamente por não observar o documento escrito e permitir imperasse a aparência no trato sucessivo das várias relações que se estabeleceram, preponderando ao longo dos anos sobre ele, há de se fazer opção, em decorrência dos limites impostos pelos embargos infringentes, pelo voto do relator, no julgamento do recurso de apelação.

IV. Embargos infringentes opostos por Agropecuária e Reflorestamento São Luiz Ltda. acolhidos, prejudicados os deduzidos pelo Banco do Nordeste do Brasil S/A.

(Embargos Infringentes 0047254-95.2013.4.01.9199/BA, rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, unânime, e-DJF1 de 17/07/2017, p. 13)

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Direito fundamental à saúde. Fornecimento de medicamento. Tratamento contínuo. Conteúdo econômico baixo. Competência do juizado especial federal.

I. Nos termos do art. 3º, *caput* e respectivo § 3º, da Lei 10.259/2001, a competência absoluta do juizado especial federal é definida em razão do conteúdo econômico da demanda, ressalvadas as hipóteses previstas no § 1º e incisos, do referido dispositivo legal.

II. Em se tratando de tutela jurisdicional voltada para a proteção do direito fundamental à saúde, mediante o fornecimento de medicamentos — no caso, a substância fosfoetanolamina sintética —, o baixo conteúdo econômico da demanda, que não atinge 60 salários-mínimos, faz com que a competência seja do juizado especial federal.

III. Conflito conhecido, declarando-se a competência do juízo suscitante, o da 8ª Vara Federal do Amazonas, especializada em juizado especial federal.

(Conflito de Competência 0072191-19.2016.4.01.0000/AM, rel. Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves (convocado), unânime, *e-DJF1* de 04/08/2017, p. 90)

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Execução e ação anulatória. Conexão. Ajuizamento da ação anulatória anteriormente à propositura da execução. Especialização do juízo da execução. Competência absoluta.

I. A orientação jurisprudencial desta Corte Regional é de que há conexão entre a ação de execução fiscal, proposta anteriormente, e aquela em que se busca a nulidade do respectivo título executivo.

II. Todavia, em casos como o presente, no qual a ação de conhecimento em que se discute o título executivo foi ajuizada antes da ação de execução, não cabe a remessa dos autos da execução ao juízo da vara cível comum, haja vista a competência absoluta da vara especializada para processar as execuções. Nesse sentido: CC 0056027-86.2010.4.01.0000/PI, rel. Des. Federal Souza Prudente, Terceira Seção, *e-DJF1* de 08/02/2017; CC 0061692-44.2014.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, rel. Juiz Federal Mark Yshida Brandão (convocado), Quarta Seção, *e-DJF1*, p. 84, de 24/02/2015; CC 0000583-29.2014.4.01.0000/AM, rel. Des. Federal José Amílcar Machado, Quarta Seção, *e-DJF1*, p. 101, de 20/03/2015.

III. O juízo para o qual foi distribuída a primeira das ações é que deveria ficar prevento para o julgamento da segunda, apenas não se justificando a reunião dos feitos em razão da competência absoluta das varas especializadas em execução.

IV. Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo Federal da Subseção Judiciária de Diamantino/MT, o suscitado.

(Conflito de Competência 0024330-03.2017.4.01.0000/MT, rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado), *e-DJF1* de 04/08/2017, p. 112)

Primeira Turma

Constitucional. Processual Civil. Servidor público. Tempo de serviço especial. Aposentadoria. Descumprimento de mandado de injunção. Reclamação. Competência do Supremo Tribunal Federal. Inadequação da via eleita. Extinção do processo, sem resolução de mérito, com base no art. 267, IV, CPC e art. 10 da Lei 12.016/2009. Sentença mantida.

I. O mandado de injunção se preordena a viabilizar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, buscando evitar os efeitos negativos da omissão legislativa.

II. A pretensão dos recorrentes de fazer cumprir, por meio de mandado de segurança coletivo, medida adotada em mandado de injunção, que, ao seu juízo, restou desatendida pela recorrida, não necessita da deflagração de novo processo judicial de conhecimento. Cuida-se de preservação da autoridade da jurisdição, por meio de instrumento que a assegure no âmbito da própria ação da qual emanou, prevendo a Constituição para esse fim a reclamação (art. 102, I, I).

III. Não é razoável que em mandado de segurança coletivo se profira decisão com o mesmo grau de abstração do comando exarado no Mandado de Injunção 876.

IV. Superveniência da Súmula Vinculante 33: Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral da Previdência Social sobre a aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

V. A Administração está obrigada, nos termos do art. 103-A da Constituição da República, a dar cumprimento à referida súmula, por isso o caminho a ser seguido, no caso de descumprimento, ou é a reclamação, de que já se cuidou, ou a ação individual, em que o próprio interessado, provando ou indicando os meios de prova respectivos, demonstre que exerce atividade especial e por isso tem direito à aposentadoria especial ou à conversão do tempo especial em comum para a jubilação.

VI. Admitir a ação e julgá-la procedente, nos termos do pedido, equivale a dizer à Administração que esta deve cumprir a lei previdenciária, o que já decorre da súmula vinculante, sem resolver especificamente a situação individual de qualquer servidor, suscitando tantos incidentes quantos sejam os interessados, o que evidentemente não contribui para a pacificação dos conflitos. Depois, a não pulverização das ações já foi atendida por tantos mandados de injunção quantos foram os que formaram a jurisprudência da Suprema Corte e ensejaram a adoção da referida súmula.

VII. Apelação desprovida.

(Apelação Cível 0009949-82.2011.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira, unânime, e-DJF1 de 13/06/2017, p. 1.429)

Constitucional. Processual Civil. Mandado de segurança. Servidor público. Tempo de serviço especial. Aposentadoria especial. Mandado de Injunção 880. Súmula Vinculante 33. Regras do RGPS aplicadas ao servidor público. Art. 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal.

I. O mandado de injunção se preordena a viabilizar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, buscando evitar os efeitos negativos da omissão legislativa.

II. A pretensão do impetrante de fazer cumprir, por meio de ação mandamental, medida adotada em mandado de injunção, que, ao seu juízo, restou desatendida pela recorrida, não necessita da deflagração de novo processo judicial de conhecimento. Cuida-se de preservação da autoridade da jurisdição, por meio de instrumento que a assegure no âmbito da própria ação da qual emanou, prevendo a Constituição para esse fim a reclamação (art. 102, I, I).

III. O Supremo Tribunal Federal decidiu que, enquanto não disciplinada por lei complementar específica, as hipóteses de contagem especial de tempo de serviço, aplica-se aos servidores públicos o disposto no art. 57, § 5º, da Lei 9.213, de 1990, tanto que veio a editar a Súmula Vinculante 33 que dispõe que se aplicam ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral da Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

IV. No âmbito do Regime Geral da Previdência Social, sabe-se que a aposentadoria especial é devida a quem permaneceu em atividade profissional submetido a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante mais de 15, 20 ou 25 anos, conforme dispuser a lei. Para obtenção do benefício devem ficar comprovadas as condições previstas no art. 57 da Lei 8.213 e seus parágrafos. Recentemente, o STF afetou à repercussão geral a questão jurídica relativa à conversão de tempo especial em comum pelo servidor, o que, de qualquer modo, não é objeto de discussão neste caso.

V. Deve ser demonstrado se o impetrante se submeteu efetivamente ao trabalho sob condição especial e, por isso, tem direito à respectiva aposentadoria especial, porque se é certo que tem o servidor direito à aposentadoria especial, nos termos da referida súmula, não é menos certo que o mandado de segurança, à guisa de que tem o servidor direito em tese a essa modalidade de aposentadoria, não é a via processual adequada para se certificar que efetivamente o servidor se submeteu a essa condição especial de trabalho.

VI. À vista do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal em vários mandados de injunção, tem o servidor público federal direito em tese à aposentadoria especial, nos termos do art. 57 da Lei 8.213, de 1991, conforme Súmula Vinculante 33, mas que a prova do trabalho especial, se não for líquida e certa quanto à referida condição, não encontra conforto na via especial do mandado de segurança, para se determinar a aposentadoria.

VII. Apelação parcialmente provida para, afastando-se a restrição reconhecida na sentença, determinar ao juiz que examine o mérito do pedido, sem se assegurar, aqui, a aposentadoria especial.

(Apelação em Mandado de Segurança 0001228-62.2012.4.01.3900/PA, rel. Des. Federal Carlos Augusto Pires Brandão, unânime, e-DJF1 de 04/07/2017, p. 252)

Terceira Turma

Penal. Processo Penal. Art. 217-A. Estupro de vulnerável. Crime praticado contra índia menor de idade. Competência. Justiça Comum Estadual. Recurso improvido.

I. Caso em que o crime de estupro cometido contra índia menor de idade, nos limites de aldeia indígena, não evidenciou interesse da comunidade ou vinculação com disputas por terras silvícolas, o que atrai a competência da Justiça Comum Estadual. É dizer, o delito praticado configura crime comum que não se relaciona com disputa sobre direitos indígenas, na forma do art.109, XI, da Constituição da República.

II. A incidência do inciso XI, para determinar a competência da Justiça Federal tem a ver com a disputa sobre direitos indígenas, os quais, por sua vez, estão relacionados à proteção conferida aos indígenas pelo *caput* do art. 231 da Constituição Federal. Precedentes.

III. Eventual intervenção da Funai no processo, por si só, não fixa a competência da Justiça Federal.

IV. Recurso improvido.

(Recurso em Sentido Estrito 0000493-47.2016.4.01.3202/AM, rel. Juiz Federal George Ribeiro da Silva (convocado), unânime, e-DJF1 de 14/07/2017, p. 2.754)

Penal. Processual Penal. Apelação. Furto a monitor de vídeo nas dependências do Tribunal Regional Eleitoral de Roraima. Extinção da punibilidade em razão da coisa julgada. Fato objeto de apreciação perante a Justiça Estadual que condenou o réu pela prática de furto e considerou o furto noticiado nestes autos para aplicar a causa de aumento pela continuidade delitiva. Sentença mantida. Precedentes.

I. Inquestionável a competência da Justiça Federal para o julgamento do delito em questão, vez que o acusado praticou furto de monitor de computador nas dependências do TRE/RR, em ofensa à Administração Pública Federal, o que firma a competência federal, nos termos do art. 109, IV, da CF/1988.

II. Hipótese, contudo, que o fato discutido nestes autos foi considerado na sentença proferida pela Justiça Estadual para fundamentar a existência de continuidade delitiva. Assim, ainda que o fato tenha sido conhecido por juiz absolutamente incompetente, encontra-se acobertado pela garantia constitucional da coisa julgada, não podendo o acusado ser novamente julgado pela prática do mesmo delito, o que resultaria violação ao princípio do *non bis in idem*.

III. A existência de duas ações penais em razão do mesmo fato, sendo que em uma houve condenação com trânsito em julgado, ainda que emanada por juiz absolutamente incompetente, acarreta extinção da punibilidade do réu na outra ação em razão da coisa julgada e para evitar ofensa ao princípio do *non bis in idem*, ou seja, a prolação de duas sentenças condenatórias com base nos mesmos fatos delituosos. Mantida a sentença que extinguiu a punibilidade em razão da coisa julgada.

IV. Apelação do Ministério Público Federal não provida.

(Numeração única: 0000528-30.2010.4.01.4200, Apelação Criminal 2010.42.00.000133-5/RR, rel. Des. Federal Ney Bello, unânime, e-DJF1 de 14/07/2017, p. 2.728)

Constitucional e Processual Civil. Sindicato dos Policiais Federais no Estado da Bahia. Legitimidade ativa. Relação de substituídos. Limitação territorial. Alcance subjetivo da sentença. Extinção do processo sem análise de mérito. Sentença anulada. Retorno dos autos à origem.

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. A parte-autora — Sindicato dos Policiais Federais da Bahia — encontra-se devidamente legitimada para, em juízo, defender os interesses dos integrantes da categoria, principalmente, por ser o objeto da presente ação a defesa de um direito que afeta toda a categoria por uma situação fática semelhante (declaração de inaplicabilidade do § 3º do art. 40 da CF/1988 a aposentadorias especiais fundadas na MI 1.709 — para que os substituídos possam se aposentar com integralidade de proventos e paridade).

III. Apesar de o art. 2-A da Lei 9.494/1997 ter adotado o critério do domicílio dos substituídos no momento da propositura da ação, para alcance subjetivo da sentença, esse critério não se aplica às ações propostas contra a União, pois o art. 109, § 2º, da Constituição da República assegura ao sindicato-autor, independentemente do local de domicílio dos seus substituídos, a opção pelo foro da Seção Judiciária do Distrito Federal.

IV. A limitação espacial dos efeitos da sentença, prevista no art. 2º-A da Lei 9.494/1997, não se aplica às causas coletivas propostas na Seção Judiciária do Distrito Federal contra a União, quando o jurisdicionado aqui não seja domiciliado. Precedentes deste Tribunal declinados no voto.

V. A Constituição de 1988 estabelece, em seu art. 8º, inciso III, a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da respectiva categoria profissional ou econômica. A jurisprudência pacificou o entendimento de que os sindicatos têm ampla legitimidade para atuar judicialmente na defesa dos direitos individuais e coletivos das respectivas categorias, atuando como substituto processual nas ações de conhecimento, liquidações de sentenças e execuções, sem necessidade de autorização individual ou apresentação de relação nominal dos substituídos, cf. precedente do STF declinado no voto. A hipótese é, pois, de substituição processual.

VI. Apelação da parte-autora provida para anular a sentença que extinguiu o feito sem resolução do mérito, determinando o retorno dos autos à origem para regular processamento do feito; apelação da União prejudicada, nos termos do voto.

(Apelação Cível 0002308-51.2013.4.01.3310/BA, rel. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira, unânime, julgado em 02/08/2017)

Processual Penal. Habeas corpus. Alegação de incompetência do juízo a quo diante de menção a nome de autoridade com prerrogativa de foro. Improcedência. Inexistência de conexão entre os crimes objeto da investigação com os eventuais delitos descobertos fortuitamente nas interceptações telefônicas autorizadas judicialmente. Remessa pelo juízo a quo à instância superior dos indícios da prática de outros crimes por prefeito municipal. Ordem conhecida e denegada.

I. Mesmo que a questão da incompetência do juízo *a quo* para decretar a prisão preventiva do paciente tenha sido tratada superficialmente no HC 0030940-84.2017.4.01.0000/PI, posto que alegada em aditamento à respectiva petição inicial, deve-se conhecer desta impetração, uma vez que nestes autos a matéria foi tratada com maior abrangência e profundidade, em decorrência da melhor instrução do *writ*, com informações específicas prestadas pela autoridade impetrada.

II. Conforme reiterado magistério jurisprudencial, “a simples menção ao nome de autoridades detentoras de prerrogativa de foro, seja em depoimentos prestados por testemunhas ou investigados, seja na captação de diálogos travados por alvos de censura telefônica judicialmente autorizada, assim como a existência de informações, até então, fluidas e dispersas a seu respeito, são insuficientes para o deslocamento da competência para o juízo hierarquicamente superior”, conforme assentou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Questão de Ordem

na Ação Penal 933/PB, na sessão de 06/10/2015 (cf. voto Min. Dias Toffoli), reafirmando entendimento da Suprema Corte consignado em outros precedentes (AgR na RCL 2101/DF, DJ de 20/09/2001; e HC 82647/PR, DJ de 25/04/2003).

III. Ademais, o Supremo Tribunal Federal, na sua composição plenária, decidiu que: “a competência por prerrogativa de foro é de Direito estrito, não se podendo, considerada conexão ou continência, estendê-la a ponto de alcançar inquérito ou ação penal relativos a cidadão comum” (STF Pleno – AgR no Inquérito 3515, DJe-050 de 14/03/2014).

IV. No contexto em que se investiga condutas supostamente ilícitas de ex-prefeito e empresários, a existência de menções a prefeitos municipais nos diálogos interceptados não é suficiente para deslocar a competência para instância superior, embora o juízo de valor acerca da existência ou não de indícios da prática de crime por autoridade com prerrogativa de foro só pode ser exercido pela autoridade judicial competente para processar e julgar o respectivo processo criminal.

V. A autoridade impetrada não apenas demonstrou a inexistência de conexão dos supostos crimes investigados com a eventual participação de autoridades com prerrogativa de foro, como também apontou para a possível descoberta fortuita de delito perpetrado por prefeito municipal, razão pela qual determinou a remessa à instância superior dos indícios descobertos fortuitamente quando das interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, o que afasta a alegada incompetência do juízo *a quo* para decretar a custódia cautelar do paciente.

VI. Ordem conhecida e denegada, em face da impossibilidade, na hipótese em exame, de análise e valoração do material probatório colhido nas interceptações telefônicas, como também pela inexistência de autoridade com prerrogativa de foro na qualidade de investigada nos autos do respectivo inquérito policial.

(*Habeas Corpus* 0032186-18.2017.4.01.0000/PI, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 03/08/2017, p. 323)

Penal. Processual Penal. Habeas corpus. Operação cui bono. Competência do juízo de origem determinada pelo STF. Ausência de contemporaneidade. Alegada prática de coação ou ameaça. obstáculos à instrução criminal. Ausência de comprovação. Substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. Possibilidade. Restrição de contato com demais corréus e seus familiares. Medidas cautelares suficientes. Condições pessoais favoráveis. Ordem parcialmente concedida.

I. Cessa a competência penal originária quando, no curso do inquérito ou da ação penal, ocorre a perda da prerrogativa de foro em razão da extinção do vínculo que a determinava. Com a exoneração do paciente do cargo de ministro de Estado em novembro de 2016, não subsiste a competência prevista no art. 102, I, b, da CF. Preliminar já exaustivamente debatida e superada por este TRF 1ª Região na análise de outra ordem de *habeas corpus* relativa ao mesmo caso, bem como na decisão do Supremo Tribunal Federal que determinou a remessa dos autos do inquérito à Seção Judiciária do Distrito Federal.

II. A prisão preventiva do paciente foi determinada sob três fundamentos: 1) suspeita de recebimento de valores no ano de 2014 que podem chegar à soma de 20 (vinte) milhões, com destinação ainda incerta; 2) contato indevido entre o investigado e a esposa do réu Lúcio Bolonha Funaro, em prejuízo à investigação; 3) possibilidade de o paciente fazer uso de poder político e/ou influência para atrapalhar as investigações e prejudicar a instrução criminal.

III. A prisão cautelar é medida excepcional, cabível apenas nas hipóteses previstas na legislação processual penal e que não se confunde com a execução antecipada da pena, em vistas do art. 5º, LVII, da CF. Trata-se de medida constritiva justificável apenas caso evidenciada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes.

IV. Não é possível fazer juízo conclusivo de culpa, sobretudo diante da ausência, até o momento, de denúncia crime contra o custodiado e de seu recebimento, sendo imprescindível a regular instrução processual para aferir a veracidade e extensão dos graves fatos delitivos imputados ao acusado. A racionalidade objetiva das decisões judiciais não pode ser comprometida pelo desejo — legítimo — da sociedade, de viver em um país mais justo, dando ensejo a julgamentos casuísticos.

V. Conforme entendimento da doutrina, a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública exige o requisito da contemporaneidade, não sendo razoável sustentar a existência de risco à ordem pública muito tempo depois do cometimento do delito que a teria ameaçado.

VI. Inexistem indícios mínimos de cometimento contemporâneo de lavagem de dinheiro a justificar a prisão por encarceramento. Também não se pode impor tão gravosa medida baseando-se em suposição de prejuízo à persecução penal, sem a demonstração de fatos e dados concretos que indiquem, minimamente, o uso de força política para interferir nas investigações, perturbar a ordem pública, social ou econômica, sobretudo quando o custodiado não mais ocupa qualquer cargo ou função pública que permitam, por si, essa inferência.

VII. A eventual prática de coação realizada pelo paciente em outra investigação — como referido — não dá azo à conclusão de que o mesmo se deu neste processo nem é razoável concluir por sua condenação prévia por delito futuro. O fato de o processo penal não poder se prestar à ineficácia e morosidade não autoriza a Justiça a trabalhar por ficção. A potencial probabilidade de alguém ter poder de coagir outra pessoa não pode justificar a prisão preventiva, se estiverem ausentes todos os indícios de coação.

VIII. As provas dos autos demonstram que em nenhum momento o paciente fez quaisquer ameaças a outros corréus ou aos seus familiares. Nos termos da legislação processual penal em vigor no Brasil, a possibilidade de ameaça e de alinhamento de versões, com o intuito de atrapalhar as investigações, impõe a cautela de proibição de contato, não a prisão preventiva.

IX. As provas dos autos indicam a presença dos requisitos legais para deferir o pedido de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar do paciente, que reúne condições pessoais favoráveis, tem residência fixa, é primário e sem maus antecedentes.

X. *O recolhimento domiciliar tem o condão de garantir o isolamento do ora paciente, a fim de que não estabeleça contato com os demais investigados nem se comunique com outros réus e seus familiares.* Trata-se de medida suficiente à proteção do bem jurídico e compatível com a situação fática, a ser conjugada com outras medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, tais como a obrigatoriedade de acompanhar os atos processuais, a expressa proibição de contato, por qualquer meio de comunicação, com os demais indiciados, denunciados ou investigados, ou seus familiares, em processos em curso nos quais o paciente conste como investigado, e o uso de monitoramento eletrônico para fiscalização do cumprimento da ordem.

XI. A indisponibilidade de tornozeleira eletrônica para monitoramento do paciente não obsta a determinação da prisão domiciliar, visto que é plenamente possível às autoridades policiais e judiciais fiscalizar o adequado cumprimento da ordem judicial por outros meios, adotados desde antes da invenção do referido dispositivo. A deficiência instrumental do sistema penitenciário e judicial não pode ser alegada em prejuízo das pessoas que a eles estão submetidas.

XII. O paciente possui o ônus de cumprir a presente decisão na sua integralidade, sob pena de ser recolhido ao sistema penitenciário em caso de violação e sem prejuízo de eventual decretação da prisão preventiva, com base em fatos novos ou condutas posteriores ilícitas que a justifiquem, nas hipóteses e nos termos previstos na legislação processual penal.

XIII. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida, para o fim de converter a prisão preventiva do paciente para a prisão domiciliar, mediante o cumprimento das medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, inclusive, o monitoramento eletrônico, se e quando disponível para instalação pela Polícia Federal.

(*Habeas Corpus* 0034045-69.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Ney Bello, unânime, e-DJF1 de 04/08/2017, p. 676)

Quarta Turma

Processual Penal. Recurso em sentido estrito. Competência da Justiça Estadual. Crime de corrupção ativa praticado por um agente. Inexistência de conexão com crimes de competência da Justiça Federal praticados por vários agentes. Recurso desprovido.

I. O Ministério Público Federal interpõe recurso em sentido estrito contra a decisão que reconheceu a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar crime de corrupção ativa (CP, art. 333) que teria sido praticado por ex-prefeito do Município de Novo Progresso/PA, sob o fundamento de que não haveria “qualquer interesse da União ou de entidade federal” que justificasse a competência da Justiça Federal, declinando da competência em favor da Justiça Estadual.

II. No caso, a denúncia imputou ao ex-prefeito de Novo Progresso a prática do delito de corrupção ativa por ter ofertado R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a vereador do município, ex-presidente da Câmara Legislativa, a fim de que ele influenciasse os demais parlamentares a rejeitarem o pedido de afastamento do ex-prefeito feito pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Pará – Sintepp pela prática de crimes no exercício do mandato, denunciados pelo Sintepp e outras entidades civis. Na mesma denúncia, o MPF imputou ao réu supracitado os crimes dos arts. 305 e 317 do Código Penal e a outros cinco réus o crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993.

III. Compete à Justiça Federal processar e julgar as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral, nos termos da Constituição (art. 109, IV). A competência da Justiça Estadual, à sua vez, é residual, competindo-lhe o processo e o julgamento de crime quando inexistir ofensa a bens, serviços e interesses da União, suas autarquias e suas empresas públicas.

IV. A conexão está disciplinada pelo art. 76 do Código de Processo Penal. O disposto nos incisos I e II do referido artigo pressupõe a prática de várias infrações por vários autores. Contudo, no caso específico da corrupção ativa praticada pelo ex-prefeito, fato descoberto fortuitamente ao se averiguar infrações penais dele e de outros réus, não há essa pluralidade de agentes. Tampouco se enquadra na hipótese prevista no inciso III do mesmo artigo.

V. Não se justifica a prorrogação da competência da Justiça Federal em relação ao crime de corrupção ativa praticado por um agente, a pretexto de conexão com outros crimes de sua competência que são objeto de ação penal ajuizada contra vários réus, quando entre aquele crime e estes inexistir conexão instrumental — a prova de uma infração ou de qualquer das suas circunstâncias elementares influir na prova de outra — ou material. Precedente.

VI. A Procuradoria Regional da República pugnou pelo desprovimento do recurso com a manutenção da decisão que declinou da competência para a Justiça Estadual.

VII. Recurso em sentido estrito desprovido.

(Recurso em Sentido Estrito 0002817-78.2015.4.01.3902/PA, rel. Des. Federal Néviton Guedes, unânime, e-DJF1 de 07/07/2017, p. 847)

Administrativo. Improbidade administrativa. Não ocorrência de prescrição. Acordo administrativo para pagamento de precatório com desconto. Violação à ordem cronológica de precatórios. Não ocorrência. Ausência de dano ao Erário e de maltrato aos princípios da Administração.

I. Hipótese em que não está configurada a prescrição, cujo termo inicial se deu em 04/11/2002. Proposta a ação de improbidade administrativa em 02/09/2004, não há falar-se, com sucesso, em prescrição. A propositura se deu em tempo hábil.

II. Expedido precatório complementar, em ação de desapropriação indireta, a parte e sua advogada propuseram acordo administrativo para pagamento direto, com redução de dez por cento, o que foi aceito pela Administração, depois dos devidos procedimentos, vindo, em razão disso, a ser condenadas por ato de improbidade administrativa que viola os princípios da Administração Pública (Lei 8.429/1992 – art. 11).

III. Os fatos da causa de pedir não expressam, no rigor dos termos, sequer irregularidade administrativa. A Administração poderia não ter aceito a proposta de acordo, por conveniência e oportunidade administrativas, e mesmo em face de uma possível objeção de quebra da ordem dos precatórios — na realidade infundada, pois a ordem cronológica em si mesma não envolve os pagamentos oriundos de transação administrativa.

IV. Tendo optado pela aceitação, isso em verdade lhe trouxe vantagem patrimonial, dado o pagamento a menor em cerca de 10% (dez por cento), o que não tem nenhuma aproximação com irregularidade administrativa, menos ainda com improbidade (administrativa), que implica propósito malsão e desonestidade. Um ato administrativo que traz redução de custos de 10% (dez por cento) não pode, sem inversão da ordem natural das coisas e sem demonstração concreta de segundas intenções, ser considerado um ato de improbidade.

V. “[...] a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/1992, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada com ponderação, máxime porque a interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa e, a fortiori, ir além do que o legislador pretendeu.” (STJ – 1ª Turma, REsp. 980.706/RS. rel. Min. Luiz Fux – DJe 23/02/2011).

VI. É indispensável, na interpretação do art. 11 da Lei 8.429/1992, que os núcleos desonestidade, parcialidade, ilegalidade ou deslealdade às instituições sejam vetores ou elementos condutores da improbidade. A ofensa a esses princípios da Administração Pública somente adquire o qualificativo da improbidade, para os efeitos do art. 11, quando se evidenciar como um meio de realização de objetivos ímprobos. A improbidade há que vincular-se sempre a valores e questões materiais.

VII. Provimento da apelação dos réus. Prejudicada a apelação do MPF e da União em relação aos apelantes e desprovida em relação aos demais recorridos.

(Numeração única: 0015398-60.2007.4.01.3400, Apelação Cível 2007.34.00.015490-9/DF, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, e-DJF1 de 26/07/2017, p. 1.143)

Sexta Turma

Constitucional e Processual Civil. Seringueiros. Ação de indenização por danos morais e materiais contra Estado estrangeiro por pessoa estabelecida em território nacional. Competência revisora do Superior Tribunal de Justiça. Art. 105, II, c, da Constituição Federal.

I. A presente ação visa ver reconhecido o direito dos autores ao recebimento de indenização por danos morais e materiais, por terem trabalhado em condições desumanas, nos seringais amazônicos, no período da Segunda Guerra Mundial. Verifica-se que a presente ação foi ajuizada em face da União Federal e dos Estados Unidos da América do Norte, Estado estrangeiro.

II. *In casu*, a competência, para julgar o presente recurso é do Superior Tribunal de Justiça, por força do que dispõe o art. 105, inciso II, alínea c, da Constituição Federal.

III. “Em se tratando de ação movida contra Estado estrangeiro por pessoa estabelecida em território nacional, como no caso, a competência, para processar e julgar o reexame necessário da sentença proferida pelo Juízo federal de primeira instância é do colendo Superior Tribunal de Justiça, por força do que dispõem os artigos 105, inciso II, alínea “c”, da Constituição Federal, e 539, inciso II, alínea “b”, do CPC. Precedentes.” (AC 0003623-72.2013.4.01.4100/RO, relator Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 de 31/03/2015, p. 2.024).

IV. Incompetência absoluta reconhecida, de ofício, para determinar a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça.

(Apelação Cível 0006847-54.2012.4.01.3000/AC, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 21/06/2017, p. 1.632)

Processual Civil. Ação declaratória de nulidade. Ação civil pública. Demolição de benfeitorias. Área de proteção permanente. Hidrelétrica de Jaguará/MG. Danos ambientais. Desnecessária a citação do cônjuge. Precedentes. Sentença mantida.

I. Rejeitada a preliminar de nulidade da r. sentença, por ausência de fundamentação, uma vez que a r. sentença encontra-se devidamente fundamentada e o MM. juiz de base, de forma clara e objetiva, pautou seu entendimento sobre a questão debatida nos autos, bem como se ateve aos pedidos formulados na petição inicial.

II. Busca-se com a presente ação a declaração de nulidade da r. sentença prolatada nos autos da Ação Civil Pública 0002822-95.2004.4.01.3802, transitada em julgado em 11/06/2004.

III. “A alegação de que a ausência de citação da esposa do demandado na ação principal viola o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e autoriza a admissão dos embargos de terceiro não merece amparo judicial. Isso porque, na ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente - em que o esposo da embargante é réu (2004.34.00.043155-5) – é dispensável a citação do cônjuge para compor a lide. Noutras palavras, ‘Desnecessária a citação dos cônjuges na ação proposta para apurar responsabilidades por dano ao meio ambiente, eis que não se trata de ação real sobre imóveis.’ (STJ: REsp 229.302/PR).” (AC 0005919-38.2010.4.01.3400/DF, rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1 de 26/02/2016, p. 2.136.)

IV. *In casu*, não há que se falar em violação aos arts. 73 e 114 do novo CPC, por ausência de citação do cônjuge na ação civil pública, uma vez que não se cuida de ação que verse sobre direito real sobre imóveis, mas sim de ação civil pública que objetiva a proteção ao meio ambiente.

V. Ademais, já foi ajuizada a Ação Rescisória 0032411-72.2016.4.01.0000, em que se busca desconstituir a sentença transitada em julgado na ACP 0002822-95.2004.4.01.3802. Assim sendo, caberá ao relator da ação rescisória decidir sobre a nulidade ou não da ACP.

VI. Apelação conhecida e não provida.

(Apelação Cível 0006000-66.2015.4.01.3802/MG, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 14/07/2017, p. 3.190)

Oitava Turma

Tributário e Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução fiscal. Penhora sobre o faturamento da empresa. Excepcionalidade.

I. A penhora sobre o faturamento da empresa somente é admitida em circunstâncias excepcionais e se preenchidos alguns requisitos, entre os quais, a comprovação de que não foram localizados outros bens passíveis de constrição. Isso porque o faturamento da empresa, que não é igual a dinheiro, é expectativa de receita ainda não realizada.

II. Na nova sistemática processual civil, o art. 835 do CPC inclui a penhora sobre percentual do faturamento da empresa devedora no item X, depois dos bens móveis em geral — que está no item VI —, o que permite a substituição da penhora sobre o faturamento pelos bens móveis.

III. O prazo para o oferecimento dos embargos à execução, na forma do art. 16, III, da Lei 6.830/1980, terá início com a intimação da penhora, que não se supre pelo comparecimento espontâneo da parte devedora (STJ, REsp 1.217.073, DJe de 03/02/2011).

IV. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

(Agravo de Instrumento 0006269-94.2017.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, unânime, e-DJF1 de 30/06/2017, p. 2.434)

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Extinção na origem ao fundamento de prescrição do direito à cobrança (CTN, art. 174). Ajuizamento contra devedor já falecido. Ilegitimidade passiva. Alteração do polo passivo da execução para constar o espólio. Impossibilidade. Processo extinto no Tribunal, de ofício, sem resolução do mérito, por fundamento diverso (CPC/1973, art. 267, IV, VI e § 3º). Precedentes do TRF 1ª Região e do STJ. Apelação prejudicada.

I. "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 (Súmula 392/STJ). O redirecionamento da execução contra o espólio só é admitido quando o falecimento do contribuinte ocorrer depois de ele ter sido devidamente citado nos autos da execução fiscal. Assim, se ajuizada execução fiscal contra devedor já falecido, mostra-se ausente uma das condições da ação, qual seja, a legitimidade passiva. Precedentes do STJ" (AgRg no AREsp 555204/SC, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, STJ, Segunda Turma, DJe 05/11/2014).

II. Ocorrido o óbito do executado em 28/07/2003, antes mesmo da inscrição em dívida ativa, feita em 02/10/2003, e do ajuizamento da execução fiscal em 10/02/2004, inviável a regularização da relação processual mediante inclusão de herdeiros e sucessores no polo passivo da execução, impondo-se a extinção do feito, sem resolução do mérito, por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo em razão da ilegitimidade passiva *ad causam* do espólio do executado (CPC/1973, art. 267, IV, VI e § 3º, vigente na data de prolação da sentença). Precedentes.

III. Processo extinto, de ofício, sem resolução do mérito, por fundamento diverso (CPC/1973, art. 267, IV, VI e § 3º). Apelação prejudicada.

(Apelação Cível 0041846-94.2011.4.01.9199/BA, rel. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado), unânime, e-DJF1 de 21/07/2017, p. 1.346)

Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução fiscal. Penhora de imóvel. Processamento da recuperação judicial deferido. Falência decretada. Bem arrematado. Depósito judicial. Incompetência do juízo de falência. Remessa dos autos ao juízo competente. Revogação da decisão que decretou a falência. Manutenção da decisão que determinou o processamento da recuperação judicial. Decisão agravada que determina a remessa do produto da arrematação do bem imóvel para o juízo universal da falência. Decisão mantida.

I. No processo de recuperação judicial ou depois de decretada a falência, o crédito trabalhista prefere ao crédito tributário.

II. O processamento da recuperação judicial não paralisa o processo de execução fiscal, como também não desconstitui a penhora realizada anteriormente à quebra. Porém, o produto da alienação judicial dos bens penhorados na execução fiscal, ainda que antes da decretação da quebra, deve ser repassado ao juízo universal da falência para apuração das preferências.

III. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(Agravo de Instrumento 0002456-93.2016.4.01.0000/GO, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, unânime, e-DJF1 de 10/08/2017, p. 3.678)

Processual Civil. Cumprimento individual de sentença de ação coletiva contra a União. Competência. Foro do Distrito Federal.

I. Embora o cumprimento da sentença deva ocorrer no juízo que decidiu a causa no primeiro grau (CPC/2015, art. 516/II), o município/substituído na ação civil pública pode optar pelo foro de seu domicílio, considerando as normas do Código de Defesa do Consumidor, aplicadas analogicamente à ação coletiva. Nesse sentido: REsp 1.243.887/PR, *representativo de controvérsia*, rel. Luis Felipe Salomão, Corte Especial do STJ em 19/10/2011. Esse precedente não examinou a possibilidade de o cumprimento da sentença coletiva/execução individual ser ajuizado no foro do Distrito Federal.

II. No cumprimento de sentença, não há julgamento de mérito, cabendo, apenas, seu *processamento* no juízo competente. Daí que o interessado também pode requerer esse processamento no foro alternativo do Distrito Federal, nos termos do art. 109 da Constituição.

III. Em caso semelhante, o Supremo Tribunal Federal admitiu a competência do foro do Distrito Federal para processar cumprimento de sentença de ação originária — AR 2254 CumpSent/SC, rel. *Fux* em 24/03/2015.

IV. Agravo de instrumento do município/exequente provido. Agravo interno da União/executada não conhecido.

(Agravo de Instrumento 0074046-33.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Novély Vilanova, maioria, e-DJF1 de 10/08/2017, p. 3.682)

Processual Civil. Tributário. Ação anulatória. Art. 486 do CPC/1973. Inaplicabilidade. Observado o devido processo legal. Trânsito em julgado. Inexistência de sentença meramente homologatória. Querela nullitatis. Documentos novos. Inexistentes. Peças já apreciadas na ação que se busca anular. Conluio entre advogado de uma parte e ex-funcionário da outra parte. Inexistência de atuação direta do ex-funcionário no processo. Questão discutida em ação civil de improbidade administrativa. Recebimento da ação como rescisória. Princípio da fungibilidade. Impossibilidade. Erro grosseiro. Sentença mantida.

I. Não cabe a aplicação do art. 486 do CPC/1973 quanto à ação de conhecimento na qual houve todo um trâmite processual, com observação do contraditório e da ampla defesa, e que resultou na prolação de sentença de mérito, confirmada por esta Corte, com decisão transitada em julgado.

II. A ação de *querela nullitatis* deve ser utilizada de forma excepcional para atacar vícios insanáveis da sentença, mesmo após o trânsito em julgado e o decurso do prazo para a rescisória, sendo admitida, também, nos casos de relativização da coisa julgada inconstitucional.

III. Não constitui documentos novos aqueles que já existiam no momento em que foi ajuizada a ação que se busca anular.

IV. Não é suficiente para anular um processo a alegação de aliança entre o advogado da autora e o ex-funcionário da ré, se comprovado que este não atuou diretamente no processo, ainda mais se essa conduta já é objeto tanto de processo administrativo como de ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público Federal pela prática de advocacia administrativa.

V. A propositura de ação anulatória em vez de ação rescisória constitui erro grosseiro e não permite a aplicação do princípio da fungibilidade.

VI. Ainda que o atual Código de Processo Civil tenha como princípio a efetividade do processo, a propositura da ação rescisória é cabível em hipóteses restritas, exige o depósito de 5% sobre o valor da causa e deve ser proposta no juízo que proferiu a decisão rescindenda.

VII. Apelações a que se nega provimento.

(Numeração única: 0061828-02.2009.4.01.3400, Apelação Cível 2009.34.00.040877-6/DF, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, unânime, e-DJF1 de 18/08/2017, p. 2.436)

Decisões Monocráticas

Habeas Corpus 0029587-09.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Cuida-se o *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Luiz Inácio Lula da Silva* e *Luis Cláudio Lula da Silva* contra decisões proferidas pelo Juízo da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos da *Ação Penal 0076573-40.2016.4.01.3400*.

Narram os impetrantes que, requerida a produção de prova oral e indicado o rol de testemunhas, equivalente a 80 (oitenta) testemunhas defensivas, a autoridade coatora limitou o número de testemunhas, ao fundamento de que, como se tratavam de apenas 2 (dois) fatos apurados, cada acusado teria direito a somente 8 (oito) testemunhas por fato, totalizando 32 (trinta e duas) testemunhas.

Alegam que foram opostos embargos de declaração, apontando a existência de omissões na decisão proferida, uma vez que, ao mesmo tempo em que a autoridade coatora reconhecia somente 2 (dois) fatos a serem apurados, havia recebido integralmente a denúncia que imputava aos pacientes, ao todo, 23 (vinte e três) delitos, porém foram julgados improcedentes os embargos de declaração.

Sustentam que as decisões impugnadas violam o disposto no art. 401 do CPP e os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, assim como estaria em total desconformidade com o entendimento jurisprudencial consolidado no sentido de que o número de 8 (oito) testemunhas se refere a cada fato imputado.

Reiteram que a denúncia recebida imputa aos pacientes 23 (vinte e três) delitos, porém a autoridade coatora pretende limitar a produção de provas defensivas, resultando em desproporcionalidade entre a complexidade do conjunto fático imputado e a extensão do exercício do direito de defesa.

Indicam que o paciente *Luiz Inácio Lula da Silva* foi denunciado como incurso no “art. 332, na forma do art. 69, do Código Penal (por três vezes), no art. 1º c/c art. 1º, § 4º, da Lei 9.613/1998 (por nove vezes) e, também no art. 2º da Lei 12.850/2013”, enquanto que o paciente *Luis Cláudio Lula da Silva* “foi denunciado como incurso no art. 1º c/c art. 1º, § 4º, da Lei 9.613/1998 (por nove vezes) e, também no art. 2º da Lei 12.850/2013”, entretanto, na decisão que confirmou o recebimento da denúncia, a autoridade coatora pretendeu limitar esse número a dois fatos a serem apurados, quais sejam:

[...] (i) ilícitos relacionados com conversão em lei da MPV nº 647/2013, com a sanção da prorrogação de incentivos fiscais ao desenvolvimento industrial das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste; e (ii) ilícitos relacionados com a contratação da SAAB no Projeto FX-2, que representou a compra pelo Governo dos caças *Gripen* para a Força Aérea Brasileira [...] (fl. 9).

Defendem, assim, que, se a decisão confirmou o recebimento integral da denúncia em desfavor do primeiro paciente, imputando-lhe a suposta prática de três crimes de tráfico de influência em concurso material, estaria reconhecendo, pelo menos preliminarmente, três ações por parte do paciente, o que não faria sentido considerar que crimes supostamente cometidos em concurso material comporiam um mesmo fato.

Aduzem, ainda, que, “quanto aos crimes de lavagem de dinheiro, embora tenham sido imputados 18 delitos ao todo a ambos os Pacientes, como se fossem autônomos aos crimes antecedentes, não foram considerados ‘fatos’ pela autoridade coatora, quando do indeferimento do número de testemunhas” (fl. 11).

Expõem que a decisão impugnada, de 18/05/2017, entendeu que “os supostos delitos de lavagem de dinheiro foram considerados crimes autônomos – no que tange à imputação aos Pacientes – ao mesmo tempo em que comporiam os mesmos fatos de seus crimes antecedentes – para fins de delimitação do rol de testemunhas” (fl. 12), o que ensejaria em flagrante ilegalidade, decorrente da equivocada interpretação que se teria dado ao art. 401 do CPP.

Colacionam precedentes jurisprudenciais do STF, STJ e desta Corte que respaldariam a tese jurídica por eles defendidas.

Sustentam que estão presentes os requisitos ensejadores do deferimento do pedido de liminar, na medida em que o *fumus boni iuris* está evidenciado na demonstração dos indícios da existência do direito tutelado pelas alegações e evidências pré-constituídos na impetração, enquanto que o *periculum in mora* reside no fato de que já foi dado prazo para que a defesa dos pacientes limite o número de testemunhas a serem ouvidas nos autos da ação penal, além de já ter sido agendada o início da instrução para o dia 22/06/2017.

Requerem, ao final, seja concedida a liminar “para determinar o sobrestamento da tramitação do feito, de modo a interromper a designação e realização das audiências de instrução nos autos da Ação Penal 0076573-40.2016.4.01.3400, até o final julgamento de mérito da presente ação mandamental” (fl. 16) e, ao final, concedida a ordem.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, cumpre registrar que a urgência na apreciação do pedido de liminar reside no fato de que o juízo *a quo* prescreveu o prazo de 5 (cinco) dias para que a defesa dos pacientes reduzisse o número de suas testemunhas, sendo que, cioso os impetrantes, o prazo findaria nesta data.

I - Da garantia da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório

Numa primeira aproximação dos fatos vertidos nos presentes autos, seja acentuado que, com base na jurisprudência predominante, só excepcionalmente se admitirá, em sede de *habeas corpus*, a discussão de eventual ilicitude no indeferimento de prova. Em outras palavras, de regra, só quando confrontado com especial violação ao direito à ampla defesa e ao contraditório, conformados no direito do acusado de produzir prova em seu favor, é que se poderá permitir a impetração de *habeas corpus* para remediar o ato ilícito.

Por sua vez, o disposto no art. 400, § 1º, do CPP abre a possibilidade de verificação de possível violação ao direito do acusado, quando, por óbvio, a prova eventualmente recusada não se mostre nem irrelevante nem impertinente, ou mesmo protelatória (cito):

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ARTIGOS 155, 288, 299 e 304, DO CÓDIGO PENAL. ARTIGOS 38, 39, 50, 50-A, 68 E 69-A, DA LEI 9.605/1998. CABIMENTO DO WRIT. DELIMITAÇÃO DE TESTEMUNHAS FACTUAIS. INOCORRÊNCIA DE RENÚNCIA TÁCITA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDICAÇÃO DE ASSISTENTE TÉCNICO E FORMULAÇÃO DE QUESITOS. POSSIBILIDADE. ART. 159 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. In casu, a parte impetrante foi intimada a se manifestar quanto às testemunhas - factuais ou abonatórias - arroladas na resposta à acusação. Apesar de atendido o máximo legal de testemunhas, o Juízo de origem entendeu que houve renúncia tácita em face da não qualificação de cada uma delas. Impossibilidade de se impor condicionantes ao direito da parte de verem ouvidas as suas testemunhas. 2. A possibilidade de negativa do pedido de produção de provas constante no art. 400, § 1º do Código de Processo Penal, diz respeito às provas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, não sendo o caso, portanto, do arrolamento de testemunhas dentro do limite legal de 08 (oito) ou 05 (cinco) a depender do rito processual aplicável à espécie. 3. É direito processual subjetivo das partes verem inquiridas as testemunhas arroladas, constituindo limitação ao dever de acusar e ao direito de defesa o estabelecimento de condicionantes ou explicações acerca do que se deseja provar. 4. O direito à ampla defesa, ainda que condicionado a alguns requisitos, não deve ser cerceado senão com fundamento em lei. A não classificação das testemunhas em factuais ou abonatórias, uma vez respeitado o número previsto para cada rito, não se configura causa idônea para justificar a restrição ao direito processual, muito menos causa apta a fundar hipótese de renúncia tácita. 5. O paciente tem - também - o direito de indicar assistente técnico e formular quesitos à luz do § 3º, do artigo 159 do Código de Processo Penal, não sendo possível lhe exigir justificativa para o exercício de tal mister. Cuida-se de direito subjetivo a possibilidade de exercício desta faculdade prevista em lei. “Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico”. 6. Ordem de habeas corpus concedida.

(HC 0043477-49.2016.4.01.0000/MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 de 24/03/2017)

Por outro lado, nunca é demasiado lembrar, o direito à produção de prova em favor dos fatos alegados é, sempre e sempre, direito fundamental que integra a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório. Por isso mesmo, só por exceção é que o magistrado poderá indeferir a prova requerida pela defesa, quando apresentada nos limites da legislação.

Para dar perspectiva ao caso, inserindo a discussão no debate mais largo do direito comparado, consideradas as mesmas razões que inspiram lá como aqui a garantia da ampla defesa e do contraditório, *inclusive o direito do acusado de ser ouvido e tomado a sério pelo magistrado*, no Direito alemão, que, desde sempre, nos tem servido de

parâmetro civilizatório, tanto no âmbito do Direito Penal como do Processo Penal, direta, ou indiretamente (via experiência italiana e portuguesa), prescreve-se em seu atual Código de Processo Penal que os órgãos jurisdicionais em matéria penal, na busca da verdade que deve fundamentar o juízo definitivo sobre a denúncia apresentada, deverão estender “ex officio a obtenção de provas a todos os fatos e meios de prova que tenham significado para a decisão”(§ 244 (2), StPO¹).

Como já escrevi em artigo de divulgação científica, esse direito de acesso, ou de audiência pelos tribunais (*das Recht auf Gehör*), consiste no direito de os tribunais ouvirem com atenção a demanda dos cidadãos, o que implica que as partes têm o direito de apresentar seus argumentos e provas ao tribunal e, o mais importante, os tribunais têm o dever de tomar a sério o que lhes foi apresentado².

Helmut Siekmann e Gunnar Duttge, em seu manual sobre direitos fundamentais, explicam que, em obediência ao direito à consideração do que foi arguido e apresentado pelas partes, os órgãos judiciais não estão obrigados certamente a seguir as objeções jurídicas e de fato apresentadas pelas partes, “mas devem enfrentá-las com seriedade e, como regra, fundamentar as suas decisões com base nesses elementos”³.

Explica Christoph Degenhart que o dever dos órgãos judiciais de considerar as manifestações (de fato e de direito) das partes impõe a exigência de que a decisão judicial seja prolatada com fundamentação suficiente e adequada⁴. Além disso, o direito à atenção pelos tribunais (*das Recht auf Gehör*) significa, em primeiro lugar, que deve ser propiciada oportunidade aos participantes do processo (partes) de se manifestarem sobre a matéria versada no processo e, o mais importante para o objeto desta decisão, o direito a que o tribunal, de seu lado, apenas fundamente a sua decisão com base nos fatos sobre os quais as partes envolvidas (*Beteiligten*)⁵ puderam se manifestar, obviamente, desde que tenham podido produzir provas para tanto. Em síntese, inspira a ideia de um processo justo e devido a obrigação de os tribunais tomarem a sério o direito das partes de se manifestarem e serem ouvidas, o que, de toda sorte, só terá sentido e consequência, se lhes for assegurado o direito de produzir provas para tanto necessárias e suficientes.

No caso brasileiro, o STF, inserindo-se na melhor tradição do direito comparado, tem farta e pacífica jurisprudência, em que acentua a importância de que as garantias do devido processo legal (5º, LIV) e da ampla defesa, com os meios e recursos para tanto necessários (5º, LV), tanto em processos administrativos, como de natureza civil e, com mais razão, os processos de índole penal, sejam tomadas — tais garantias — a sério pelos tribunais (cito):

[...] assiste ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do due process of law (independentemente, portanto, de haver, ou não, previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado), a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve a Constituição da República, em seu art. 5º, incisos LIV e LV. [...] O exame da garantia constitucional do due process of law permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à

¹ (2) Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.

² Bodo Pieroth/Bernhard Schlink. Grundrechte – Staatsrecht II. 16. ed., Heidelberg, 2000, pp. 274-275: Fala-se na verdade em três níveis ou estágios de realização do direito à audiência perante os Tribunais: (1) num primeiro nível, *obrigam-se os Tribunais a proporcionar à parte conhecimento completo sobre todas as manifestações da outra parte*, o que abrange todos os fatos por e meios de prova apresentados e indicados pela parte contrária; envolve também as opiniões jurídicas com base nas quais o próprio Tribunal pretende tomar sua decisão, além de informar a parte sobre aquelas opiniões sobre as quais elas não precisam contar (*direito a não se surpreender*); (2) no outro nível, *implica a possibilidade efetiva de a parte poder se manifestar por escrito sobre as questões de fato e de direito*; (3) e, por fim, no terceiro nível, *o direito a que os Tribunais considerem nas suas decisões os argumentos essenciais apresentados pelas partes*.

³ Helmut Siekmann e Gunnar Duttge. *Staatsrecht I: Grundrechte*. Thüningersheim: EuWi-Verlag, 3. ed., 2000, p. 316.

⁴ Michael Sachs (org). *Grundgesetz Kommentar*. München: Beck, 1996, p. 1.593.

⁵ Michael Sachs (org). *Grundgesetz Kommentar*. München: Beck, 1996, p. 1.592.

plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis ex post facto; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a autoincriminação); e (l) direito à prova, valendo referir, a respeito dos postulados que regem o processo administrativo em geral [...]. [MS 34.180-MC, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 1º-7-2016, DJE de 1º-8-2016.]

[...]

No rol das garantias, mais precisamente no inciso LV do art. 5º da Carta de 1988, está assegurado aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. O preceito visa possibilitar àquele que se diga titular de uma situação jurídica veicular o que entenda a respaldá-la. Pouco importa o móvel de glosa a ser possivelmente implementada. A adequação desta deve submeter-se a análise, concluindo-se, ante as peculiaridades do caso concreto, pela incidência de acontecimento verificado, como na hipótese de pronúncia do Supremo formalizado em processo objetivo. Aliás, essa natureza processual é de molde a assentar-se que não há repercussão automática. [RE 337.179, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 13-2-2012, 1ª T, DJE de 22-2-2012.]

Aliás, como corolário da ampla defesa e do contraditório, não raro o STF tem imposto mesmo ao Ministério Público o dever de deduzir denúncia com idoneidade, de ordem a narrar os fatos de forma certa, determinada e precisa, para propiciar ao acusado a possibilidade de, sabendo a natureza e extensão da acusação contra ele dirigida, bem poder se defender (cito):

O exame preliminar da denúncia é balizado pelos arts. 41 e 395 do CPP. No art. 41, a lei adjetiva penal indica um necessário conteúdo positivo para a denúncia. É dizer: ela, denúncia, deve conter a exposição do fato normativamente descrito como criminoso, com suas circunstâncias, de par com a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas (quando necessário). Aporte factual, esse, que viabiliza a plena defesa do acusado, incorporante da garantia processual do contraditório. Já o art. 395 do mesmo diploma processual, esse impõe à peça acusatória um conteúdo negativo. Se, pelo primeiro, há uma obrigação de fazer por parte do Ministério Público, pelo art. 395, há uma obrigação de não fazer. [Inq 2.486, rel. min. Ayres Britto, j. 8-10-2009, P, DJE de 18-12-2009.] = Inq 3.016, rel. min. Ellen Gracie, j. 30-9-2010, P, DJE de 17-2-2011

Nas palavras do Ministro Celso de Mello, decano na Corte:

O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado 'reato societário', a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa. - O ordenamento positivo brasileiro - cujos fundamentos repousam, dentre outros expressivos vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, no postulado essencial do direito penal da culpa e no princípio constitucional do "due process of law" (com todos os consectários que dele resultam) - repudia as imputações criminais genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado [...]

Reproduzo a ementa do importante julgado:

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - RESPONSABILIDADE PENAL DOS CONTROLADORES E ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - LEI Nº 7.492/86 (ART. 17) - DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI COMPORTAMENTO ESPECÍFICO E INDIVIDUALIZADO AOS DIRETORES DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - INEXISTÊNCIA, OUTROSSIM, DE DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS QUE VINCULEM OS PACIENTES AO EVENTO DELITUOSO - INÉPCIA DA DENÚNCIA - PEDIDO DEFERIDO. PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO - OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA. - O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado "reato societário", a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa. - O ordenamento positivo brasileiro - cujos fundamentos repousam, dentre outros expressivos vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, no postulado essencial do direito penal da culpa e no princípio constitucional do "due process of law" (com todos os consectários que dele resultam) - repudia as imputações criminais genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado. Precedentes. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA. - A denúncia deve conter a exposição do fato delituoso, descrito em toda a sua essência e narrado com todas as suas circunstâncias fundamentais. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura, ao réu, o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que deixa de estabelecer a necessária vinculação da conduta individual de cada agente aos eventos delituosos qualifica-se como denúncia inepta. Precedentes. DELITOS CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - PEÇA ACUSATÓRIA QUE NÃO DESCREVE, QUANTO AOS DIRETORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, QUALQUER

CONDUTA ESPECÍFICA QUE OS VINCULE, CONCRETAMENTE, AOS EVENTOS DELITUOSOS - INÉPCIA DA DENÚNCIA. - A mera invocação da condição de diretor ou de administrador de instituição financeira, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule, concretamente, à prática criminosa, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação de acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório. - A circunstância objetiva de alguém meramente exercer cargo de direção ou de administração em instituição financeira não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a correspondente persecução criminal. - Não existe, no ordenamento positivo brasileiro, ainda que se trate de práticas configuradoras de macrodelinqüência ou caracterizadoras de delinqüência econômica, a possibilidade constitucional de incidência da responsabilidade penal objetiva. Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa ("nullum crimen sine culpa"), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do "versari in re illicita", banida do domínio do direito penal da culpa. Precedentes. AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes. - Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais ("essentialia delicti") que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. - Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita. (HC 84580, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-176 DIVULG 17-09-2009 PUBLIC 18-09-2009 EMENT VOL-02374-02 PP-00222 RT v. 98, n. 890, 2009, p. 500-513).

Por fim, mesmo no âmbito do simples inquérito policial, por força do Enunciado 14 de sua Súmula Vinculante, o STF prescreve, em homenagem à ampla defesa e ao contraditório, o "direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa."

Portanto, consoante pacífica orientação jurisprudencial do STF, *não há dúvida de que o Estado, especialmente o Poder Judiciário, deve tomar a sério as garantias do devido processo, da ampla defesa e do contraditório em todos os estágios de procedimentos de investigação, de processos administrativos, de processos judiciais, principalmente, os de natureza penal, quando se coloca em jogo a liberdade do indivíduo.*

II - Do direito à produção de prova

Além do direito genérico à ampla defesa e ao contraditório, há sem dúvida um *dever de esclarecimento (Aufklärungspflicht)* dos fatos que é endereçado, precisamente, aos tribunais quando se cuida de matéria penal. No âmbito desse dever, que visa proteger o cidadão contra a possibilidade de ser condenado sem que a sua culpa, ou sua responsabilidade, *seja certificada além de qualquer dúvida*, têm os tribunais, em matéria penal, o dever de explorar os fatos submetidos à sua apreciação sob todos os ângulos e perspectivas. Nem mesmo as partes têm, em processo penal, o direito de renunciar à produção de prova que revele ter significado para a decisão judicial⁶.

A oportunidade de requerer a produção de prova é, por sua vez, como se viu, direito fundamental da defesa, expressamente, assegurado em nossa Constituição, no art. 5º, inciso LV. O acusado, com efeito, tem o direito de valer-se dos meios de prova não apenas para buscar influenciar a formação da verdade que se quer alcançar no curso do processo, mas também o legítimo interesse de reforçar a sua estratégia de defesa com as provas que pretende produzir⁷.

⁶ Gerd Pfeiffer. *Strafprozessordnung – Kommentar*. München: Beck, 5. ed., 2005, p. 624.

⁷ Waczczynski, Dominik. Die Ablehnung Von Beweisanträgen nach 245 Abs.2 StPO und das Selbstladerecht des Angeklagten, ZJS 3/2010, pp. 318-327.

Evidentemente, não decorre dessas premissas um dever “excessivo” ou “desnecessário” de esclarecimento dos fatos, consistente em impor ao juiz da causa a obrigação de admitir todas as provas eventualmente requeridas pelas partes. Por exemplo, não há obrigação de, sem mais, a teor do art. 400, § 1º, do CPP, interrogar uma testemunha eventualmente já ouvida, o que se revelaria apenas protelatório.

É certo que, no Brasil, na mesma direção, o STF como também o STJ têm acentuado a possibilidade de negativa de provas ou diligências solicitadas pela defesa, *mas sempre e desde que o indeferimento judicial seja “veiculado em decisão adequadamente fundamentada”*. Assim, tomando como exemplo a jurisprudência do próprio STJ, não tem o magistrado que ouvir testemunha cujo endereço não foi corretamente indicado pela parte interessada.

Seja referida a jurisprudência do STF e STJ exemplificadamente (cito):

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM “HABEAS CORPUS” – DILIGÊNCIA SOLICITADA PELA DEFESA – INDEFERIMENTO – DECISÃO FUNDAMENTADA – INOCORRÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – RECURSO INDEFERIDO. - O indeferimento do pedido de diligência solicitada pela defesa, desde que veiculado em decisão adequadamente fundamentada, não traduz ofensa ao princípio constitucional do contraditório nem caracteriza medida configuradora de cerceamento de defesa. Doutrina. Precedentes.

(RHC 104752, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 06-06-2014 PUBLIC 09-06-2014)

EMENTA: Agravo regimental em habeas corpus. Legitimidade da atuação do relator na forma regimental (RISTF, art. 21, § 1º). Inexistência de afronta ao princípio da colegialidade. Precedentes. Processual Penal. Cerceamento de defesa ocasionado pelo indeferimento de perícia técnica. Não ocorrência. Decisão do juízo de primeiro grau devidamente fundamentada. Conclusão diversão quanto à necessidade ou não da diligência reclama incursão no acervo fático-probatório. Impossibilidade na via do habeas corpus. Precedentes. Regimental não provido. 1. Não ofende o princípio da colegialidade o uso pelo relator da faculdade prevista no art. 21, § 1º, do Regimento Interno da Corte, o qual lhe confere a prerrogativa de, monocraticamente, negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário a jurisprudência dominante ou a súmula do Tribunal. 2. Consoante entendimento da Corte, a negativa de diligências requeridas pela defesa, quando devidamente motivada, não caracteriza cerceamento de defesa. Precedentes. 3. Estando justificado o indeferimento da diligência probatória pelo juízo processante, qualquer conclusão em sentido diverso reclamaria a incursão no acervo fático-probatório, não admitida na via do habeas corpus. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido.

(HC 135924 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 14/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 21-11-2016 PUBLIC 22-11-2016). Grifos nossos.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DILIGÊNCIAS DEFENSIVAS INDEFERIDAS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INDEFERIMENTOS JUSTIFICADOS. OITIVA DE TESTEMUNHA DEFENSIVA. DEVOLUÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO LOCALIZAÇÃO DA TESTEMUNHA NOS ENDEREÇOS FORNECIDOS PELA DEFESA. INDEFERIMENTO JUSTIFICADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que “não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, pois o magistrado, que é o destinatário final da prova, pode, de maneira fundamentada, indeferir a realização daquelas que considerar protelatórias ou desnecessárias ou impertinentes” (REsp.

1.519.662/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, j. em 18/8/2015, DJe 1/9/2015).

2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que “na hipótese de oitiva de testemunha que se encontra fora da jurisdição processante, a expedição da carta precatória não suspende a instrução criminal, razão pela qual o togado singular poderá dar prosseguimento ao feito, em respeito ao princípio da celeridade processual, procedendo à oitiva das demais testemunhas, ao interrogatório do acusado e, inclusive, ao julgamento da causa, ainda que pendente a devolução da carta pelo juízo deprecado” (AgRg no RMS 33361/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012).

3. “Compete à parte fornecer ao Juízo dados suficientes à localização da testemunha arrolada, não sendo o magistrado obrigado a diligenciar para a execução de ato atribuível à defesa.” (HC n.158.902/SC, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe 19/9/2011).

4. Inexiste nulidade processual quando os dados fornecidos pela parte são insuficientes para a localização da testemunha por ela indicada. No caso, após a segunda tentativa de intimação da testemunha requerida pela defesa e não localizada no endereço por ela fornecido, a própria defesa manteve-se inerte no fornecimento de novos dados suficientes para sua localização, bem como, conforme constante das decisões impugnadas, não demonstrou a relevância de seu depoimento para o esclarecimento dos fatos em apuração, pois, a simples circunstância de ter presenciado o fato, por si só,

não demonstra sua imprescindibilidade, eis que não demonstrado em que termos o seu depoimento poderia modificar as premissas fáticas constantes dos autos, atraindo, assim, a aplicação da regra inserta no art. 563 do Código de Processo Penal.

5. Recurso Ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.

(RHC 65.334/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 14/10/2016)

Em conclusão, ainda que seja possível ao magistrado justificar a negativa de prova com o fato de considerá-la inidônea ou mesmo desnecessária aos fins probatórios do processo ou da própria defesa, *não pode, contudo, a decisão de indeferimento da prova requerida pela defesa apenas sustentar-se na alegação vazia (ou sem correlação com a demanda, em verdadeira petição de princípio) de que a prova requerida é irrelevante ou impertinente para os fatos processuais, incumbindo ao juízo da causa o dever de demonstrar concretamente — suportado na realidade dos autos e revelando coerência lógica —, e sem margem para dúvida, que a prova requerida não se presta ao escopo indicado, ou não tem qualquer relevância para o processo.*

Com efeito, em todos os casos em que os tribunais superiores têm admitido a negativa de produção de prova requerida pela defesa, isso se faz sempre à custa de fundamentação ampla e profunda. O STF já teve ocasião de conceder *habeas corpus* para remediar a situação jurídica de quem, por deficiência, não pode de forma pertinente produzir a prova exigida para a sua defesa (cito):

EMENTA: AÇÃO PENAL. Processo. Interrogatório. Realização um dia após a citação do réu. Impossibilidade de contratar defensor e de manter contato com defensora nomeada para defesa prévia. Arguição oportuna da deficiência. Não produção conseqüente de prova da defesa. Cerceamento. Prejuízo manifesto. Nulidade processual caracterizada. Ofensa ao devido processo legal. HC concedido. Precedentes. Inteligência do art. 185, § 2º, do CPP. É nulo o processo penal em que se não assegurou contato do acusado com o defensor, antes do interrogatório realizado um dia após a citação. (HC 84373, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 02/06/2009, DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-01 PP-00170).

Nas mesmas condições, também o nosso Tribunal tem prestigiado, em robusta jurisprudência, o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, impondo, em sede de *habeas corpus*, censura a juízos de indeferimento de prova, que, por deficiência ou insuficiência de fundamentação, revelem desconsideração ou negligência com o dever de proteção adequada às garantidas constitucionais da ampla defesa e do contraditório (cito):

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. DL 201/67. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. INDEFERIDA. PEDIDO DE PERÍCIA. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA RECONHECIDO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO. 1. Em relação ao pedido de trancamento do habeas corpus, faz-se necessário mencionar que o trancamento da ação penal é medida excepcional que somente se apresenta juridicamente possível de ocorrer quando se constatar, de plano, de forma clara e incontroversa, a ausência de justa causa hábil à instauração da ação penal, o que não se vislumbra na hipótese dos autos. 2. Quanto ao pedido de produção de prova pericial, a lei concede ao juiz a decisão sobre a necessidade/utilidade da prova, contudo, há que se ponderar a respeito da produção de prova sob os princípios do contraditório e da ampla defesa. 3. Na hipótese, a denúncia registra que o paciente não teria realizado a construção de algumas unidades sanitárias no Município de Lusilândia, como determinado no convênio com a FUNASA nº 477/2002. Sustenta o impetrante que teria requerido a perícia in loco nas obras objeto do contrato a fim de aquilatar as construções realizadas e que não teve conhecimento das vistorias realizadas. 4. Muito embora caiba ao juiz indeferir as provas impertinentes, impende ressaltar a existência e necessidade de observância, no nosso ordenamento jurídico, da garantia constitucional da ampla defesa, estabelecida no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, segundo a qual, “aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. 5. Em face da alegação do réu, confirmada pelo MM. Juízo a quo, de que a perícia foi realizada sem a sua participação, merece ser concedida a ordem de habeas corpus, para produção da prova pericial, com observância do direito do acusado ao contraditório e ampla defesa. 6. Concessão da ordem de Habeas corpus em parte.

(HC 0063585-07.2013.4.01.0000/MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, Rel. Conv. JUÍZA FEDERAL CLEMÊNCIA MARIA ALMADA LIMA DE ÂNGELO, QUARTA TURMA, e-DJF1 p.249 de 30/07/2014) (g.n.)

Ao juiz, pois, como destinatário da instrução probatória, considerada a relevância excelsa das garantidas processuais da ampla defesa e do contraditório, é apenas facultado indeferir a realização de provas que de fato, *em fundamentação consistente, sem margem para dúvida, mostrarem-se irrelevantes, impertinentes ou protelatórias*, como é o caso, por exemplo, de testemunha não localizada em endereço indicado pela própria defesa (CPP, art. 400, § 1º). A jurisprudência STJ é neste sentido (cito):

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DILIGÊNCIAS DEFENSIVAS INDEFERIDAS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INDEFERIMENTOS JUSTIFICADOS. OITIVA DE TESTEMUNHA DEFENSIVA. DEVOLUÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO LOCALIZAÇÃO DA TESTEMUNHA NOS ENDEREÇOS FORNECIDOS PELA DEFESA. INDEFERIMENTO JUSTIFICADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que “não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, pois o magistrado, que é o destinatário final da prova, pode, de maneira fundamentada, indeferir a realização daquelas que considerar protelatórias ou desnecessárias ou impertinentes” (REsp. 1.519.662/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, j. em 18/8/2015, DJe 1/9/2015).

[...]

5. Recurso Ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.

(RHC 65.334/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 14/10/2016) (g.n.)

Por sua vez, também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “o devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido”, assim, “compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu” (HC 91.474/RJ, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 2/8/2010)” (HC 291.252/SP, rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017) (g.n.)

Sendo certo o amplo direito das partes à produção de provas necessárias a dar embasamento às teses defendidas, bem como a faculdade de o juízo indeferir, desde que de forma motivada, as diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, no caso presente, o que se tem que questionar para uma adequada resposta para a irrisignação veiculada no presente *habeas corpus* é saber se o indeferimento da prova pelo juízo *a quo* de fato não implicou em ilegal cerceamento do direito constitucional ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

III – Do caso concreto

Consta dos autos que a denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal em desfavor dos pacientes se fundamenta na prática, em tese, dos crimes de *tráfico de influência, lavagem de dinheiro e organização criminosa* (cito – fls. 159-160):

Os crimes apresentados nesta denúncia, portanto, são uma parte desse conjunto de crimes praticados pelo ex-presidente, especialmente tráficos de influência e lavagem de dinheiro. A pretexto de influenciar DILMA ROUSSEFF na (i) compra dos caças Gripen da SAAB3 e na (ii) prorrogação, até 2020, dos incentivos fiscais decorrentes da apuração do crédito presumido definido na Lei nº 9.823/1999, de interesse das montadoras MMC e CAOA, LULA recebeu dinheiro por intermédio do filho LUÍS CLÁUDIO, tornando-o um milionário num intervalo de apenas nove meses (junho de 2014 a março de 2015), valendo-se de uma organização criminosa que formou com o casal MAURO MARCONDES e CRISTINA MAUTONI. (g.n.)

Ao final o MPF indicou que os acusados, ora pacientes, teriam praticado os seguintes crimes:

c) LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA praticou os crimes do art. 332 (solicitar, na forma do art. 29 do CP, e obter) do Código Penal três vezes, em face da SAAB, da CAOA e da MMC (art. 69 do CP); do art. 1º c/c §4º da Lei nº 9.613/1998 (nove vezes); e do art. 2 da Lei 12.850/2013;

d) LUÍS CLÁUDIO LULA DA SILVA praticou os crimes do art. 1º c/c §4º da Lei nº 9.613/1998 (nove vezes) e do art. 2 da Lei 12.850/2013.

Como se vê, foi endereçada a *Luiz Inácio Lula da Silva* a prática de 13 (treze) fatos delituosos; enquanto a *Luís Cláudio Lula da Silva* foi imputada a prática de 10 condutas penalmente ilícitas.

Seja desde logo esclarecido que *as condutas imputadas aos acusados são fatos autônomos, praticados no curso de vários anos (fls. 164 a 228), em circunstâncias inconfundíveis umas com as outras. Por exemplo, as condutas de tráfico de influência supostamente teriam iniciado em 2012 (compra dos aviões) e prosseguido até o ato de 2014 (conversão da*

MP das isenções fiscais). Por sua vez, as diversas práticas de lavagem de dinheiro teriam sido realizadas no curso de vários meses, por intermédio de contratos que, não obstante alegadamente fraudulentos, têm objetos distintos (fls. 234 a 300).

Muito embora os impetrantes não tenham juntado aos autos cópia da decisão que recebeu a denúncia, a partir dos elementos contidos dos autos, em especial a decisão que rejeitou a absolvição sumária dos pacientes e confirmou o recebimento da denúncia (fls. 21-33), fica esclarecido que a denúncia foi recebida em sua totalidade em relação aos pacientes (cito):

A denúncia foi recebida contra MAURO MARCONDES MACHADO, CRISTINA MAUTONI MARCONDES MACHADO, LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA (LULA) e LUÍS CLÁUDIO LULA DA SILVA, de acordo com a seguinte capitulação legal:

[...] 3) LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA (LULA): art. 332 (solicitar, na forma do art. 29 do CP, e obter) do Código Penal, três vezes, em face da SAAB, da CAO A e da MMC (art. 69 do CP); do art. 1º c/c § 4º da Lei nº 9.613/1998 (nove vezes); e do art. 2º da Lei nº 12.850/2013; 4) LUÍS CLÁUDIO LULA DA SILVA: art. 1º c/c §4º da Lei nº 9.613/1998 (nove vezes) e do art. 2º da Lei nº 12.850/2013.

Acompanhou a resposta à acusação apresentada pelos denunciados, ora pacientes, rol de testemunhas contendo 80 (oitenta) testemunhas (fls. 128-139). Entretanto, em decisão proferida no dia 18/05/2017, a autoridade coatora determinou a redução do número de testemunhas a 8 (oito) para cada um dos 2 (dois) fatos criminosos atribuídos aos acusados, ora pacientes, sob os seguintes fundamentos (fl. 32):

10. Os réus LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA (LULA) e LUÍS CLÁUDIO LULA DA SILVA indicaram oitenta testemunhas de Defesa. No entanto, o art. 401 do CPP prevê que são oito o número de testemunhas. Esse número deve ser interpretado para cada fato e não para cada capitulação legal. No presente caso, são dois fatos a serem apurados em Juízo em relação aos réus acima citados: os indicados ilícitos relacionados com a prorrogação de incentivos fiscais pela edição da Medida Provisória n. 627/2013 e os apontados ilícitos relacionados com a compra pelo Governo dos caças para a Força Aérea Brasileira.

11. Diante desse contexto, entendo que cada réu tem direito a oito testemunhas para cada um dos fatos e por esse motivo determino que os réus, ao serem intimados desta decisão, no prazo de cinco dias, reduzam o número de suas testemunhas que ficam limitadas ao total de trinta e duas testemunhas (qualificando-as e fornecendo endereço atual), uma vez que cada réu (LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA e LUÍS CLÁUDIO LULA DA SILVA) terá direito a oitenta e seis testemunhas. (g.n.)

Foram opostos embargos de declaração pelos pacientes (fls. 141-149), os quais foram julgados improcedentes pela autoridade coatora, que se valeu dos seguintes fundamentos (fls. 151-155):

Primeiramente, verifico que, em relação aos embargos declaratórios apresentados por LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA e LUÍS CLÁUDIO LULA DA SILVA, não há que se falar em omissão e nem em contradição.

Na verdade, as condutas imputadas aos referidos acusados pela denúncia estão intrincadas em dois contextos fáticos: o primeiro relacionado aos ilícitos atinentes à prorrogação de incentivos fiscais pela edição da Medida Provisória 627/2013 e o segundo relacionado aos ilícitos envolvendo à compra pelo Governo dos caças para a Força Aérea Brasileira.

Assim, apesar de um dos contextos fáticos acima abarcar três possíveis crimes de tráfico de influência em concurso material e o outro abranger diversos delitos de lavagem de dinheiro, não é razoável a oitiva de número tão elevado de testemunhas arroladas pela defesa de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA e LUÍS CLÁUDIO LULA DA SILVA (80 testemunhas), justamente pela circunstância de que os referidos delitos estão muito intrincados em cada uma dos supramencionados contextos fáticos.

Por outro lado, se após a instrução probatória restar caracterizado que os ilícitos descritos na denúncia configuram crimes continuados e/ou mero exaurimento de condutas ilícitas, tais circunstâncias não deixarão de ser devidamente consideradas e ajustadas por ocasião da sentença.

[...]

Concedo à defesa de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA e LUÍS CLÁUDIO LULA DA SILVA o prazo de 3 (três) dias para indicar as suas testemunhas, limitadas ao total de 32 (trinta e duas), sendo 16 para cada réu, nos termos da decisão de fls. 1882/1894.

Mantenha-se a audiência do dia 22.06.2017. (g.n.)

Como passo a demonstrar, considerados os limites legais e jurisprudenciais que restringem a possibilidade de o juiz indeferir prova indicada pela defesa — limitação do número de testemunhas —, no caso presente, não se justificaria a limitação e negativa judicial quanto ao número de testemunhas, isto é, pelo menos não se justificava na extensão imposta pelo magistrado da causa. Vejamos.

O próprio juízo de origem ao fundamentar a rejeição do rol de testemunhas apresentado pela defesa dos pacientes bem observou que o art. 401 do CPP prevê que são *oito* o número de testemunhas a que têm direito as partes e que *esse número deve ser interpretado para cada fato delituoso e não para cada capitulação legal*. Até aqui não se vislumbra desarmonia com o entendimento revelado pela autoridade indicada como coatora. Aliás, podemos lembrar que é pacífico no Direito Penal o entendimento de que o réu se defende dos fatos narrados e não da sua capitulação legal.

Entretanto, o juízo *a quo*, na sequência, para justificar a limitação de testemunhas, parece vislumbrar uma nova versão para os fatos expostos na denúncia já recebida em sua totalidade, qual seja a de que são apenas duas situações fáticas ou conjuntos de fatos que deverão ser apurados em juízo em relação aos pacientes: “os indicados ilícitos relacionados com a prorrogação de incentivos fiscais pela edição da Medida Provisória 627/2013 e os apontados ilícitos relacionados com a compra pelo Governo dos caças para a Força Aérea Brasileira”. Posteriormente, ao decidir os embargos de declaração opostos pelos pacientes, o juízo *a quo*, explicando melhor sua posição, consignou que a multiplicidade de fatos delituosos atribuídos aos pacientes estaria inserida nos mesmos “*contextos fáticos*”, tudo para restringir o número de testemunhas que poderiam ser indicadas pelos pacientes.

Sobre o número de testemunhas que poderão ser indicadas pelas partes no processo penal, o CPP é claro:

Art. 401. Na instrução poderão ser inquiridas até 8 (oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8 (oito) pela defesa.

§ 1º Nesse número não se compreendem as que não prestem compromisso e as referidas.

§ 2º A parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código.

Ao interpretar referida norma, o Supremo Tribunal Federal, em sua tradição de sempre prestigiar e afirmar a importância do respeito às garantias constitucionais do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e da ampla defesa, com os meios e recursos para tanto necessários (CF, art.5º, LV), firmou o entendimento de que “*as partes podem arrolar até oito testemunhas, por fato imputado, sem prejuízo de oitiva de outras a critério do juízo*” (Inq 4022, relator: Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 08/09/2015, Acórdão Eletrônico DJe-188, divulg. 21/09/2015, public. 22/09/2015). (g.n.)

O Superior Tribunal de Justiça, de igual forma, *também já se posicionou no sentido de que “o número limite de testemunhas previsto em lei refere-se a cada fato criminoso e devem ser observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao se levar em consideração a quantidade de fatos imputados ao denunciado”* (RHC 29.236/SP, rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 1º/08/2011).

Em igual sentido:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÚMERO DE TESTEMUNHAS. ART. 401, DO CPP. LIMITE DE 8 (OITO) TESTEMUNHAS. QUANTIDADE DETERMINADA PARA CADA FATO IMPUTADO AO ACUSADO. AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. NOVO TÍTULO. NOVA FASE PROCESSUAL. ORDEM DENEGADA.

1. O limite máximo de 8 (oito) testemunhas descrito no art. 401, do Código de Processo Penal, deve ser interpretado em consonância com a norma constitucional que garante a ampla defesa no processo penal (art. 5º, LV, da CF/88).

2. Para cada fato delituoso imputado ao acusado, não só a defesa, mas também a acusação, poderá arrolar até 8 (oito) testemunhas, levando-se em conta o princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

[...]

5. Habeas Corpus denegado.

(HC 55.702/ES, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 25/10/2010)

PROCESSUAL PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. APONTAMENTO DE 21 FATOS CRIMINOSOS CONTRA VÍTIMAS DISTINTAS. 27 TESTEMUNHAS ARROLADAS PELA ACUSAÇÃO. NÚMERO MÁXIMO DE OITO TESTEMUNHAS POR FATO CRIMINOSO. ART. 401, DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Estabelece o art. 401 do Código de Processo Penal que “na instrução poderão ser inquiridas até 8 (oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8 (oito) pela defesa” .

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça sedimentou-se no sentido de que se admite a indicação, para cada fato criminoso imputado na denúncia, de 8 (oito) testemunhas, tanto pela defesa quanto pela acusação, podendo o magistrado, respeitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade limitar esse número (RHC 46.259/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 30/06/2015, DJe 07/08/2015).

3. No caso, a denúncia imputou ao recorrente a prática de 21 (vinte e um) fatos delituosos, contra vítimas diferentes, o que possibilitou a indicação de 27 (vinte e sete) testemunhas pela acusação. Ademais, a defesa não apontou em que consistiria o prejuízo a ampla defesa e ao contraditório a indicação do elevado número de testemunhas pelo Ministério Público.

4. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.

(RHC 76.491/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017)

Cito, ainda, os seguintes precedentes deste Tribunal:

HABEAS CORPUS. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE TESTEMUNHAS A SEREM OUVIDAS POR CADA PARTE. 8 (OITO) PARA CADA FATO OU IMPUTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Habeas corpus impetrado em favor de Francisco José de Moura Filho e Edson Aparecido Ventureli (pacientes) da decisão pela qual o Juízo limitou a oitiva das testemunhas indicadas por eles ao número de 8 (oito) para cada um (CPP, art. 401), no curso de ação penal a que eles respondem pela prática, em tese, dos crimes de peculato (CP, art. 312, § 1º) e de dispensa ilegal de licitação. Lei 8.666/1993, art. 89, parágrafo único. 2. Impetrante sustenta, em suma, que, ao contrário do decidido pelo Juízo, a jurisprudência firmou o entendimento de que o número máximo de testemunhas diz respeito a cada fato imputado ao acusado, donde a legitimidade da oitiva das trinta e uma testemunhas arroladas, porquanto aos dois pacientes são imputados dois delitos; que os pacientes se comprometem a levar à presença do Juízo, independentemente de intimação, quatro testemunhas, evitando, assim, a expedição de cartas precatórias para três Seções Judiciárias diversas. Impetrante requer a concessão da ordem para que seja admitida a oitiva das testemunhas pelos pacientes. 3. Liminar indeferida. Parecer da PRR1 pela denegação da ordem. 4. Alegação da PRR1 no sentido de que, havendo apenas um contexto fático, é descabida a pretensão à oitiva de mais de 8 (oito) testemunhas para cada acusado. Precedente do STJ no sentido de que, “conquanto a exordial acusatória impute aos recorrentes a suposta prática de dois delitos, verifica-se a ocorrência de apenas um contexto fático, não havendo qualquer peculiaridade que justifique a pretendida extrapolação do número de testemunhas, razão pela qual a limitação conforme o disposto no art. 401 do CPP encontra-se em observância aos postulados da razoabilidade, proporcionalidade e razoável duração do processo”. (STJ, RHC 45.061/SC.) Caso, no entanto, em que essa fundamentação (único contexto fático) não foi invocada pelo Juízo. Aplicação, por conseguinte, à espécie do entendimento jurisprudencial no sentido de que “não cabe às instâncias superiores, em sede de habeas corpus, adicionar novos fundamentos à decisão de primeiro grau, visando a suprir eventual vício de fundamentação.” (STF, HC 113945; HC 97346; STJ, HC 377.036/SP; RHC 76.944/MG; TRF 1ª Região, EDAC 0003853-96.1993.4.01.0000/MG). 5. Ainda que assim não fosse, a PRR1 não demonstrou, de forma articulada e objetiva, a existência, no presente caso, de apenas um contexto fático para justificar a limitação do número de testemunhas a 8 (oito) para cada paciente. Hipótese em que a denúncia contém 59 (cinquenta e nove) folhas; são 19 (dezenove) denunciados; o MPF narra fatos ocorridos em 1999, 2001, 2002, 2003, 2004 e 2007; e as imputações contidas na denúncia envolvem quatro contratos com quatro empresas diferentes. Improcedência, data venia, da afirmação da PRR1, carente de demonstração objetiva, de que haveria apenas um contexto fático. Consequente aplicação à espécie do entendimento jurisprudencial no sentido de que “as partes podem arrolar até oito testemunhas, por fato imputado, sem prejuízo de oitiva de outras a critério do juízo.” (STF, Inq 4022; STJ, RHC 46.259/SP; RHC 76.491/PE; TRF 1ª Região, HC 0018579-69.2016.4.01.0000/MG; ACR 0008537-79.2003.4.01.3600/MT). 6. Ordem de habeas corpus concedida.

(HC 0073697-30.2016.4.01.0000 / TO, Rel. JUIZ FEDERAL LEÃO APARECIDO ALVES (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 de 29/05/2017)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TESTEMUNHAS ARROLADAS PELA DEFESA. NÚMERO MÁXIMO DE OITO TESTEMUNHAS POR FATO CRIMINOSO. ART. 401, DO CPP. DESISTÊNCIA TÁCITA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O art. 401 do Código de Processo Penal prevê que as partes poderão arrolar até 08 (oito) testemunhas, número limite que se refere a cada fato criminoso, observando-se, ainda, os princípios da razoabilidade da proporcionalidade ao se levar em consideração a quantidade de fatos imputados ao denunciado. Precedentes. 2. Cabe ao Juiz, na condução do processo e da instrução probatória, evitar que sejam ouvidas testemunhas em número superior ao previsto em lei, não havendo, no caso em apreço, plausibilidade jurídica da tese de que a limitação caracterizaria cerceamento de defesa. 3. Embora a inicial tivesse imputado ao paciente dois fatos delituosos, o que permite a apresentação de rol contendo 16 (dezesseis) testemunhas, impõe-se seja respeitado o número de 08 (oito) para cada fato. De tal sorte que a pretensão de se ouvir, indistintamente, todas as 16 (dezesseis) testemunhas sobre ambos os fatos típicos não encontra permissivo na exegese da regra do art. 401 do CPP, nem no princípio da comunhão da prova. 4. Tendo o paciente reiterado a necessidade de oitiva das dezesseis testemunhas previamente arroladas, não se mostrou prudente a solução no sentido de considerar ter havido desistência tácita da produção da prova testemunhal. 5. A solução adotada na decisão que deferiu parcialmente a liminar é a

que se mostra adequada na espécie, na medida em que preserva o direito à produção da prova testemunhal, observando-se, porém, o limite de 8 (oito) testemunhas para cada fato. 6. Ordem de Habeas corpus parcialmente concedida.

(HC 0018579-69.2016.4.01.0000 / MG, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL NEUZA MARIA ALVES DA SILVA, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL HENRIQUE GOUVEIA DA CUNHA (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 de 03/08/2016)

No caso, num primeiro olhar, parece certo afirmar que o entendimento defendido pela autoridade coatora confronta abertamente a regra do art. 401 do CPP e o entendimento jurisprudencial imposto pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, assim conformando cerceamento ao direito de defesa dos pacientes.

Valendo-me mais uma vez do direito comparado, segundo o princípio expressado no Código de Processo Penal da Alemanha (StPO), em qualquer ordem democrática em que vigente o princípio da culpa, que apenas autoriza condenações contra quem seja indubiosamente responsável (*com prova bastante*) pela conduta imputada na acusação, também no Brasil, visando afastar a possibilidade de condenação de quem não tenha a responsabilidade penal integralmente demonstrada, o magistrado tem a obrigação por princípio de, para a verificação da verdade, alargar, inclusive *motu proprio*, a produção de prova a todos os fatos e meios de prova que tenham significado ou importância para a sua decisão. Tal comando encontra-se, aliás, expressamente disposto na legislação alemã (StPO, art. 244,2), sendo que no Brasil decorreria, não apenas logicamente, das garantias fundamentais do princípio da culpa, da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório, mas da expressa dicção do art. 156 do CPP.

Assim, *apenas excepcionalmente, quando as provas sem sombra de dúvida se revelem desnecessárias, impertinentes ou protelatórias, é que o juiz pode negar à defesa sua produção. Do contrário, mesmo de ofício, deveria o magistrado estender a instrução probatória a todos os fatos e provas que se revelassem importantes para a demanda penal a ele submetida.*

IV – Do contexto fático

No caso, a denúncia contém 153 (cento e cinquenta e três) laudas (fls. 157-305), sendo atribuídos aos pacientes 23 (vinte e três) capitulações de fatos criminosos, assim distribuídas: 13 (treze) capitulações ao primeiro paciente e 10 (dez) ao segundo paciente (fls. 303-304). As imputações contidas na denúncia, considerados os acusados individualmente, concretizam, distintamente, capitulação de 3 (três) crimes de tráfico de influência, 9 (nove) crimes de lavagem de dinheiro e 2 (dois) crimes de organização criminosa, sendo que, não obstante sejam imputados aos acusados os mesmos 9 (nove) crimes de lavagem de ativos, para efeitos de individualização da responsabilidade penal, bem como para efeito de produção de provas, não de ser considerados 9 (nove) imputações para cada paciente. Daí resulta o número de 23 (vinte e três) delitos considerados pela defesa na impetração do *habeas corpus*.

Analizando a acusação como produzida, *em verdadeira profusão de fatos e laudas*, num juízo de cognição sumária, a afirmação da autoridade indicada como coatora, obviamente, mostra-se carente de correspondência com os fatos processuais objetivamente considerados, não permitindo alcançar a conclusão, *data venia*, de que a denúncia se restringiria apenas aos 2 (dois) contextos fáticos por ela delineados. Vejamos:

Em capítulo denominado “2 DOS CONTEXTOS CRIMINOSOS E DE SUAS CIRCUNSTÂNCIAS”, contido na denúncia, o Ministério Público Federal passa a apresentar, de maneira pormenorizada, os supostos fatos delituosos atribuídos aos pacientes. A exposição dos fatos foi subdividida em 5 (cinco) subitens, assim especificados:

1º) “2.1 PRIMEIRO TRÁFICO DE INFLUÊNCIA: DECISÃO DE COMPRA DOS AVIÕES CAÇAS PELA EMPRESA SUECA SAAB”

Neste ponto a denúncia narra um suposto esquema de tráfico de influência atribuído ao paciente Luiz Inácio Lula da Silva, com o intuito de influenciar na compra de aviões caças pelo governo brasileiro. Para compreensão da questão, transcrevo excertos extraídos da denúncia apresentada pelo MPF (fls. 164-166 e 194-195):

Pelo menos a partir de 28/09/2012, em São Paulo/SP, MAURO MARCONDES MACHADO e CRISTINA MAUTONI MARCONDES MACHADO, com dolo específico, consciência e unidade de desígnios, solicitaram vantagem à empresa sueca SAAB a pretexto de influírem, por intermédio de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, em ato que seria praticado pela então presidente da República DILMA ROUSSEFF, em Brasília/DF, no bojo da concorrência chamada Projeto F-X220 (aquisição de trinta e seis aviões de caça militares pelo Brasil).

A partir de outubro de 2012, envolvida pela jactância de facilidades e de ascendência que o ex-presidente LULA teria sobre DILMA na compra dos caças, a empresa sueca manteve pagamentos (vantagens) de pelo menos € 744.078,00

(setecentos e quarenta e quatro mil e setenta e oito euros) à empresa MARCONDES E MAUTONI (M&M), administrada por MAURO MARCONDES e CRISTINA MAUTONI.

Pelo menos a partir de setembro de 2012, LULA passou a ter pleno conhecimento de que MAURO MARCONDES e CRISTINA MAUTONI estariam divulgando a Andrew Wilkinson e a Bengt Janér, chefes do programa do Gripen Brasileiro no grupo SAAB, influência que poderia fazer junto ao governo federal de favorecimento aos aviões daquela empresa.

Em 28/08/2013, ciente do comportamento de MAURO MARCONDES e CRISTINA MAUTONI e do retorno financeiro que estavam tendo e ainda teriam, LULA aderiu à divulgação que faziam de que poderia influenciar DILMA ROUSSEFF, em Brasília/DF, e concorreu para a reafirmação dessa “venda de fumaça” com o fim de beneficiar financeiramente seu filho (obter vantagem para outrem), LUÍS CLÁUDIO LULA DA SILVA, com parte dos recursos que a SAAB pagou e ainda pagaria a MAURO e a CRISTINA. Deste modo, LULA obteve para o filho, neste caso específico dos caças, parte da vantagem de R\$ 2.552.400,00 (dois milhões, quinhentos e cinquenta e dois mil e quatrocentos reais) que seu filho recebeu da M&M.

[...]

Ou seja, incutiu-se na contratante SAAB a ideia de que LULA, provocado por MAURO e CRISTINA, poderia influenciar DILMA ROUSSEFF em Brasília/DF, justamente na época em que o prazo de dois anos do contrato entre M&M e SAAB estava prestes a vencer (final de 2013). Por sua vez, LULA, ciente que MAURO e CRISTINA não trabalhavam de graça e antevendo que poderia enriquecer ao filho, aderiu ao comportamento criminoso ao, num primeiro momento, confirmar seu poder de influência aos suecos, participando dos contatos e conversas com eles, cujos agendamentos foram feitos por MAURO e CRISTINA; e, num segundo momento, ao obter parte da vantagem econômica de R\$ 2.552.400,00 para o filho”.

2º) “2.2 DOIS CRIMES DE TRÁFICO DE INFLUÊNCIA NA PRORROGAÇÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS — MP n° 627/2013 e conversão na Lei n° 12.973/2014 — CLIENTES MMC E CAO A”

No particular, no entendimento do Ministério Público Federal, os crimes de tráfico de influência teriam ocorrido quando da edição da Medida Provisória 627/2013 e, posteriormente, na conversão da MP na Lei 12.927/2014. Vejamos alguns dos argumentos deduzidos pela acusação (fls. 206-228):

Duas outras linhas de atuação foram empreendidas pela organização criminosa mantida entre o casal, o ex-presidente da República e o filho, as quais representaram, em termos práticos, um segundo capítulo de atuação criminosa de MAURO e CRISTINA em favor das montadoras MMC e CAO A. O primeiro capítulo ocorreu em 2009 e 2010 e rendeu à M&M pelo menos R\$ R\$ 17.416.677,01 pagos pela MMC (item 149 do Relatório de Análise n° 21/2016 da COGER/MF).

Naquela época, com edição da Medida Provisória n° 471, de 20/11/09, convertida na Lei n° 12.218, de 30/03/2010, comprada na base da propina, as empresas habilitadas aos benefícios fiscais conferidos pelas Leis 9.440/1997 e 9.826/1999 obtiveram a prorrogação, até 31/12/2015, do crédito presumido no valor de 32% do IPI incidente nas saídas do estabelecimento industrial.

Em 11/11/2013, exatamente a mesma época dos contatos entre LULA, MAURO e interlocutores pela SAAB, foi editada a Medida Provisória n° 627, que, por sua vez, veio a ser convertida na Lei n° 12.973, em 13/05/2014, diploma este que inovou a medida provisória ao prorrogar os benefícios fiscais até 31 de dezembro de 2020.

O relator designado para o processo legislativo de conversão da MP n° 627/2013 foi o então deputado federal EDUARDO CUNHA. A prorrogação dos benefícios fiscais, tal como pretendida pela MMC e CAO A, não constava da redação da MP n° 627/2013 e nem do texto do primeiro relatório apresentado por EDUARDO CUNHA. Porém, no Relatório de Complementação de Voto apresentado em 25/03/2014, CUNHA incluiu no projeto de lei de conversão o artigo 100, ampliando para 31 de dezembro de 2020 a apuração do crédito presumido definido na Lei n° 9.823/1999, desejo de MMC e CAO A.

[...]

A análise do contexto que envolveu o trâmite da conversão dessa MP e o mérito da prorrogação dos benefícios fiscais é fundamental para a compreensão criminosa de LULA, MAURO, CRISTINA e LUÍS CLÁUDIO nessas novas duas frentes de atuação da organização criminosa: frente MMC e frente CAO A.

Com efeito, durante o processo legislativo de conversão da MP em lei, a Casa Civil determinou o adiamento de qualquer negociação sobre as mudanças na Medida Provisória 627, que trata da tributação das empresas brasileiras no exterior, com o deputado Eduardo Cunha (RJ) que está em confronto direto com o governo na liderança da bancada do PMDB. A reunião que deveria ter acontecido na segunda-feira à tarde foi cancelada por orientação do ministro-chefe da Casa Civil, Aloizio Mercadante.

De fato, a equipe técnica do governo envolvida nas reuniões da Comissão Mista do Congresso via com alguma preocupação a prorrogação da renúncia fiscal. Conforme se vê nas notas taquigráficas congressuais, em 12/02/2014, tratava-se de medidas de muito impacto na economia brasileira:

[...]

Diante da resistência da equipe técnica, era fundamental vender aos clientes CAO A e MMC a fumaça de que LULA usaria sua influência para determinar a DILMA ROUSSEFF a sanção do projeto de lei no ponto da prorrogação dos benefícios. E assim, mais uma vez os interesses financeiros de LULA, MAURO MARCONDES e CRISTINA MAUTONI encontraram-se. E mais uma vez a credibilidade da Administração Pública e a seriedade do governo DILMA foram relegadas a um balcão de negócios, em Brasília/DF. Uma anotação manuscrita apreendida na M&M com ordem desse MM. Juízo comprova a divulgação a Maciel e Robert, presidentes das duas montadoras, da influência de LULA como solução para os interesses dos clientes da M&M:

[...]

“Guido, Aloisio e Presidente são as 3 pessoas que vão dar a canetada” e “Trio”: GUIDO MANTEGA, ALOÍSIO MERCADANTE e DILMA ROUSSEFF, respectivamente, ministro da Fazenda, ministro-chefe da Casa Civil e presidente da República, eram as três autoridades a determinar a prorrogação dos benefícios fiscais até 2020, dentro de suas respectivas esferas de atuação. “Art. 100” é o artigo inserido no projeto de conversão da MP por EDUARDO CUNHA que prorrogaria os benefícios até 2020. A intenção era divulgar à MMC e à CAO A que LULA influenciaria o “trio” para que não houvesse veto desse artigo.

[...]

O PL foi aprovado no plenário da Câmara dos Deputados em 02/04/2014. Na redação final, o dispositivo que prorrogava o benefício fiscal foi renumerado para o artigo 102: [...]

Em 15/04/2014, a matéria foi aprovada no Senado Federal.

No entender do Ministério Público Federal valores recebidos pelo segundo paciente, Luis Cláudio, por intermédio de sua empresa Touchdown, da Hyundai Caoa do Brasil Ltda., relativos a patrocínios para torneios de futebol americano, decorreria “[...] de tráfico de influência, em relação ao qual Lula e Luís Cláudio sabiam muito bem a origem e por isso determinaram a forma de o lavar” (fl. 212).

3º) “2.3 EVASÃO DE DIVISAS E OCULTAÇÃO DE PATRIMÔNIO NO EXTERIOR”

Neste ponto a denúncia foi direcionada somente aos denunciados Mauro Marcondes e Cristina Mautoni.

4º) “2.4 CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO”

Sustenta o MPF que

[...] entre 26/06/2014 e 23/03/2015, e, depois, em 05/11/2015, Lula, Luís Cláudio, Mauro Marcondes e Cristina Mautoni ocultaram e dissimularam, *por nove vezes*, a natureza e a origem de R\$ 2.552.400,00 (dois milhões, quinhentos e cinquenta e dois mil e quatrocentos reais) repassados por Mauro e Cristina ao filho, Luís Cláudio, dinheiro esse oriundo da SAAB, da MMC e da CAO A [...] (fl. 234). (g.n.)

No caso, foram indicados na denúncia 3 (três) crimes de tráfico de influência como antecedentes à lavagem de dinheiro (cito – fl. 234):

Consumados os três crimes antecedentes de tráfico de influência, os quatro acusados trabalharam para ocultar a origem e dissimular a natureza dos repasses que seriam feitos. Como LULA não poderia receber diretamente da MARCONDES E MAUTONI, das montadoras ou da SAAB, ao menos sem escandalizar a opinião pública e passar recibo de crime, optaram por usar as empresas de LUÍS CLÁUDIO [“Possuo duas empresas. – LFT (prefiro usar essa) – Touchdown (futebol americano)”]. Assim, confeccionaram sete contratos fraudulentos de prestação simulada de serviços de consultoria. Como apurado pelo Ministério da Fazenda, houve escrituração e contabilização dos valores para fins tributários, de modo que o valor de R\$ 2.552.400,00 é o líquido (item 33 do RA nº 21/2016).

Além dos contratos e dos repasses relacionados, houve uma transferência de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), em 23/03/2015, três dias antes da deflagração da fase ostensiva da Operação Zelotes. Tal operação dissimulou dívida da CAO A cobrada por LULA, e foi bancada por MAURO e CRISTINA sob a forma de “patrocínio” [“falou do filho que a Caoa deve 300 mil por ano futebol americano” e “MM falou que tira da parte dele”].

Consta ainda da denúncia que a suposta lavagem de dinheiro se daria por intermédio das empresas Touchdown e LFT de propriedade do segundo paciente, Luís Cláudio Lula da Silva.

Ao final deste tópico conclui o MPF (fl. 300):

Portanto, a versão apresentada por eles confirma que as minutas de contratos apreendidos por ordem desse Juízo, juntamente com toda a prestação de contas à Receita Federal para fins de tributação, não passaram de um mecanismo para dar aparência de legalidade a dinheiro de origem criminoso (tráficos de influência). São atos de lavagem de dinheiro, portanto, aos quais concorreram MAURO, CRISTINA, LUÍS CLÁUDIO e LULA.

5º) “2.5 CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA”

Segundo o Ministério Público Federal,

Mauro Marcondes, Cristina Mautoni, Luís Cláudio e Luiz Inácio Lula da Silva, de 17/02/2014 até 28/05/2015, constituíram e integraram, pessoalmente, organização criminosa estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, com objetivo de obter, diretamente, vantagem pecuniária mediante a prática de tráficos de influência e lavagem de dinheiro, infrações penais cujas penas máximas são superiores a 4 (quatro) anos [...] (fl. 300).

Narra o MPF que (fl. 302):

A divisão de tarefas foi feita da seguinte forma: coube a MAURO MARCONDES o comando da organização criminosa; ele protagonizou a interação pessoal com os clientes MMC, CAO A e SAAB e, ao mesmo tempo, fez a interlocução com LULA e LUÍS CLÁUDIO. Sua esposa e sócia, CRISTINA, participou ativamente das longas contratações e do fluxo de informações com os clientes e com LUÍS CLÁUDIO.

Por sua vez, ex-presidente autorizou a divulgação de seu nome aos três clientes; participava de contatos com eles, reafirmando a influência jactada; cobrava valores de repasses ao filho; determinava as reuniões no Instituto Lula; e, finalmente, envolveu ao próprio filho na organização criminosa, fazendo dele um milionário.

Por fim, LUÍS CLÁUDIO foi envolvido pelo pai para ser destinatário das remessas; emprestou suas empresas ao processo de lavagem de dinheiro; e, tornado um milionário, passou a usufruir do novo patrimônio.

Como se vê, em uma análise perfunctória, própria do momento processual, não se pode afirmar, como fez a autoridade coatora, que

[...] as condutas imputadas aos referidos acusados pela denúncia estão intrincadas em apenas dois contextos fáticos: o primeiro relacionado aos ilícitos atinentes à prorrogação de incentivos fiscais pela edição da Medida Provisória 627/2013 e o segundo relacionado aos ilícitos envolvendo à compra pelo Governo dos caças para a Força Aérea Brasileira [...].

O magistrado fundamenta a recusa na ideia de “contexto fático”, ou, em outras palavras, na conclusão de que o número de testemunhas, não obstante o número de ilícitos imputados aos acusados, pode ser limitado desde que determinados ilícitos estejam inseridos no mesmo “contexto fático”. Contudo, como se passa a demonstrar, não se pode, no caso presente, consoante a jurisprudência do STJ, reduzir os fatos ilícitos imputados aos acusados a apenas dois “contextos fáticos”. Como bem explica o Ministro Félix Fischer, a ideia de “contexto fático” concretiza-se naquelas situações em que mais de uma conduta possam ser consumada com apenas a prática de um único fato delituoso.

Entretanto, essa definitivamente não é a situação do caso presente. Como ficou acima anotado, *as condutas imputadas aos acusados são fatos autônomos, praticados no curso de vários anos (fls. 164 a 228), em circunstâncias inconfundíveis umas com as outras. Por exemplo, as condutas de tráfico de influência supostamente teriam iniciado em 2012 (compra dos aviões) e prosseguido até o ato de 2014 (conversão da MP das isenções fiscais). Por sua vez, as diversas práticas de lavagem de dinheiro teriam sido realizadas no curso de vários meses, por intermédio de contratos que, não obstante alegadamente fraudulentos, têm objetos distintos (fls. 234 a 300).*

Portanto, não se poderia jamais chegar à conclusão de que o caso esteja limitado a apenas dois “contextos fáticos”. *Vejam os que a jurisprudência tem entendido como conceito de “contexto fático” para efeito de limitação do número de testemunhas.*

Consoante explicitado pela pena sempre ilustre e esclarecida do Ministro Félix Fischer, em atenção à ideia de contexto fático, pode-se pretender a limitação do número de testemunhas em situações em que, conquanto a exordial impute aos recorrentes mais de um delito, “*não havendo qualquer peculiaridade que justifique a pretendida extrapolação do número de testemunhas*” (RHC 45.061/SC, rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 30/06/2015, DJe 1º/09/2015).

Cuida-se, pois, de situação em que as condutas eventualmente imputadas ao acusado condensam-se em uma única identidade quanto às suas peculiaridades e em uma unidade das circunstâncias (tempo, lugar e agentes), de tal ordem que não permite a distinção seja quanto à delimitação do fato, seja quanto à possibilidade de produção de prova.

De fato, no corpo do referido acórdão, de forma didática, depois de citar a doutrina de Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, no sentido de que a jurisprudência predominante é a de que o número de 8 (oito)

testemunhas previstas no art. 401 do CPP seria “por fato criminoso narrado”, contudo, explica o admirado Ministro Félix Fischer que, em determinadas situações, estando inseridos os fatos criminosos no mesmo “contexto fático”, pode-se limitar o número de testemunhas como se fosse um único fato delituoso.

Para bem compreender os limites do fato concreto tomado em consideração pelo ministro naquela decisão, deve-se considerar que

[...] a denúncia imputou a estes réus o dano ambiental causado pela extração de saibro (art. 55, parágrafo único, da Lei 9.605/1998) e a exploração irregular de minério pertencente à União (art. 2º da Lei 8.176/1991). Verifica-se, portanto, que a imputação é de *fato uno*, não obstante possivelmente reflita responsabilidade penal em mais de um dispositivo legal [...]. (g.n.).

Como se vê, cuidou-se de um único fato delituoso do qual, entretanto, resultou a imputação de mais de um delito.

Em síntese, a ideia de “contexto fático” pressupõe a conformação de *fato uno* a produzir mais de um efeito jurídico. Portanto, consoante a interpretação do STJ, consistindo o “contexto fático” em “*fato uno*”, evidentemente não faria sentido extrapolar o número de 8 (oito) testemunhas, já que, em situações, se cuida, na verdade, de comprovar-se a existência de um único fato.

Na mesma direção, refiram-se os seguintes julgados do STJ, em que se consolida a ideia de que a possibilidade de se limitar o número de testemunhas a apenas oito, não obstante mais de uma capitulação, está vinculada àquelas situações em que *haja unicidade fática*, isto é, quando o acusado esteja sendo acusado *pela prática de fato uno*, não obstante lhe possam ser imputados mais de uma capitulação penal (cito):

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 1º, INCISOS I (SEGUNDA PARTE) E II, DO DECRETO-LEI N.º 201/67. ROL DE TESTEMUNHAS DEFENSIVAS. DECLINAÇÃO DE QUARENTA PESSOAS. ARTIGO 401 DO CPP. OITIVA DE OITO PESSOAS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ÚNICO FATO SUPOSTAMENTE DELITIVO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O artigo 401 do Código de Processo Penal dispõe o rol de 8 (oito) testemunhas como quantum limite para a oitiva da prova testemunhal defensiva.

2. Na espécie, a incoativa somente descreve um fato delitivo, originado a partir do convênio firmado entre a Fundação Nacional de Saúde e o Município, celebrado pela acusada, no exercício de seu mandato na Prefeitura.

3. Inexiste qualquer peculiaridade a ensejar a obrigatoriedade da oitiva de testemunhas defensivas além do rol legal, eis que somente trata-se de um fato criminoso uno, não se configurando o alegado cerceamento de defesa.

4. Não há falar em eventual permissão para a produção da prova oral - de 40 (quarenta) pessoas - sob a alegação da busca pela verdade real, pois a oitiva extraordinária é facultada ao magistrado, em apreciação pontual, demonstrada a necessidade, o que foi refutado de modo fundado, sendo que, entendimento outro, a permitir o extenso rol testemunhal defensivo, poderia acarretar, inclusive, indevida letargia no feito, a afrontar o princípio da razoável duração do processo.

5. Ordem denegada.

(HC 253.399/AP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 27/06/2014).

PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL FALIMENTAR. TRANSFERÊNCIA DE DEZ BENS PARTICULARES PARA SE FURTAR À APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DOZE TESTEMUNHAS ARROLADAS PELA DEFESA. NÚMERO MÁXIMO DE OITO TESTEMUNHAS POR FATO CRIMINOSO. ART. 401, DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.

I. O art. 401, do CPP, estabelece que “na instrução poderão ser inquiridas até 8 (oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8 (oito) pela defesa.” II. O número limite de testemunhas previsto em lei refere-se a cada fato criminoso e devem ser observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao se levar em consideração a quantidade de fatos imputados ao denunciado.

III. A denúncia imputou à paciente a prática de um fato delituoso consistente em transferir bens particulares para evitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

IV. Embora tenha havido a transferência de dez bens particulares, o fato criminoso é uno, não havendo peculiaridade relacionada à prática delituosa ou a indicação de motivo concreto que enseje a designação de mais de 8 (oito) testemunhas pela defesa.

V. Recurso desprovido.

(RHC 29.236/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011)

Essa não é, contudo, a situação do caso presente.

No caso, diversamente do que sustenta o juízo de origem, os fatos imputados aos acusados não têm *unicidades* que os possam inserir em apenas dois “contextos fáticos”. Na verdade constituem-se, na sua concretude e realidades, fatos distintos, demandando e permitindo *de per si* comprovação autônoma.

Conforme especificado pelo próprio MPF na peça acusatória, além dos delitos de tráfico de influência, relacionados à aquisição de aviões pelo governo brasileiro para a Força Aérea Brasileira e à prorrogação de incentivos fiscais mediante a edição de medida provisória, assim como a sua conversão em lei, também foram atribuídos aos acusados, posteriormente, os delitos de lavagem de ativos e formação de organização criminosa. Repito: como ficou acima anotado, *as condutas imputadas aos acusados são fatos autônomos, praticados no curso de vários anos (fls. 164 a 228), em circunstâncias inconfundíveis umas com as outras. Por exemplo, as condutas de tráfico de influência supostamente teriam iniciado em 2012 (compra dos aviões) e prosseguido até o ato de 2014 (conversão da MP das isenções fiscais). Por sua vez, as diversas práticas de lavagem de dinheiro teriam sido realizadas no curso de vários meses, por intermédio de contratos que, não obstante alegadamente fraudulentos, têm objetos distintos (fls. 234 a 300).*

Avançando em sua narrativa, o MPF indica que, “consumados os três crimes antecedentes de tráfico de influência, os quatro acusados trabalharam para ocultar a origem e dissimular a natureza dos repasses que seriam feitos” (fl. 234), atribuindo aos pacientes a prática do crime de lavagem de dinheiro por 9 (nove) vezes.

Como é sabido, a tipificação do crime de lavagem de dinheiro não depende da prévia condenação pelos crimes antecedentes, porquanto se trata de crime autônomo.

Dessa forma, quanto aos supostos crimes de lavagem de dinheiro não há como entender que estariam eles inseridos nos mesmos “contextos fáticos” dos crimes de tráfico de influência, uma vez que, como já mencionado, trata de crime autônomo em relação ao crime antecedente.

Nas palavras do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca,

[...] esta Corte já decidiu que ‘o crime de lavagem de dinheiro é apurado de forma autônoma em relação ao crime antecedente (no caso, tráfico de entorpecentes), até porque são distintos os bens jurídicos protegidos. É o que se depreende da leitura do art. 2º, II, da Lei 9.613/1998, razão pela qual não procede a afirmação do recorrente de que não poderia ser punido por ambos os delitos (precedentes do STF e do STJ)’ (RHC 44.255/SP, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 10/9/2015) [...] (AgRg no REsp 1205187/SC, rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/06/2016, DJe 1º/08/2016). (g.n.)

É bom ainda lembrar que “a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, *para a configuração do crime do artigo art. 1º da Lei n. 9.613/1998, não é necessário que o acusado tenha sido condenado pelo delito antecedente, pois embora derivado ou acessório, o delito de lavagem de dinheiro é autônomo*” (RHC 41.203/SP, rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 03/05/2016, DJe 12/05/2016). (g.n.)

Cito, ainda, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. LAVAGEM DE DINHEIRO E EVASÃO DE DIVISAS. DENÚNCIA. ADEQUAÇÃO LEGAL. ART. 41 DO CPP. DESCAMINHO. CRIME FORMAL. LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE DE EXAURIMENTO DA ESFERA ADMINISTRATIVA PARA O INÍCIO DA PERSECUÇÃO PENAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DISPENSÁVEL. SUPERFATURAMENTO DE MERCADORIAS COM O OBJETIVO DE ILUDIR TRIBUTOS DEVIDOS PELA IMPORTAÇÃO. OCULTAÇÃO DO REAL ADQUIRENTE. ART. 1º, VII, DA LEI N. 9.613/1998. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A PERSECUÇÃO PENAL. CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO EM RELAÇÃO À SUPOSTA ILEGALIDADE NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. SÚMULAS 282 E 356/STF. AUSÊNCIA DE PROVAS DA PRÁTICA DE CRIMES ANTECEDENTES. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ.

[...]

6. A majoritária jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a apuração do crime de lavagem de dinheiro é autônoma e independe do processamento e da condenação em crime antecedente.

[...]

9. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1240388/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 05/09/2014) (g.n.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE LAVAGEM DE CAPITALS. VIOLAÇÃO DO ART. 381, III, DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. INDÍCIOS SUFICIENTES DA EXISTÊNCIA DO CRIME ANTECEDENTE. CONFIGURAÇÃO. AUTONOMIA. IRRETROATIVIDADE DA LEI MAIS GRAVOSA. OFENSA. NÃO OCORRÊNCIA. FATO DELITUOSO COMPROVADO. REVISÃO. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

2. Permanece típica e punível a lavagem de dinheiro mesmo quando desconhecido ou isento de pena o autor do crime precedente, desde que presentes indícios suficientes da existência deste delito (art. 2º, § 1º, da Lei n. 9.613/1998).

3. O sujeito ativo do crime de lavagem de dinheiro pode ser, não só o autor, o coautor ou o partícipe do crime antecedente, mas todo aquele que, de alguma forma, concorra para a ocultação ou dissimulação do lucro proveniente da atividade delituosa.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, para a configuração do crime do artigo art. 1º da Lei n. 9.613/1998, não é necessário que o acusado tenha sido condenado pelo delito antecedente, pois embora derivado ou acessório, o delito de lavagem de dinheiro é autônomo.

[...]

8. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1244668/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016)

Não se entende como os pacientes poderão, de forma adequada, defender-se da acusação de que os dinheiros supostamente por eles ocultados ou dissimulados seriam oriundos de crimes antecedentes sem que se lhe garanta o direito de questionar, mediante a apresentação de testemunhas ou outras provas, a existência desses crimes autonomamente praticados. As provas eventualmente dirigidas aos crimes de tráfico de influência, ou organização criminosa, a princípio, nada poderão dizer sobre os crimes de lavagem, que, aliás, segundo a própria denúncia, teriam sido praticados e consumados em contextos de tempo e lugar absolutamente distintos.

Haveria aí indiscutível violação ao direito dos acusados, haja vista a ação do juízo penal que, não obstante tenha aceitado a denúncia, que endereça aos acusados o crime de lavagem de ativos, em nove práticas distintas, o que apenas se concretiza com a presença de delitos antecedentes, não lhes propicia, entretanto, em aberta violação ao disposto no art. 5º, LIV e LV, da CF/1988, *defesa idônea e suficiente*, com todos os meios de prova e recursos a ela inerentes, de ordem a poder confrontar específico elemento do tipo legal incriminador que o Ministério Público afirma presente na conduta supostamente praticada pelos denunciados.

A par de tal quadro normativo e jurisprudencial, não se mostra razoável negar aos acusados o direito de se defenderem dos crimes de lavagem de dinheiro a eles imputados pelo Ministério Público Federal.

Ainda, em reforço ao entendimento de que deve ser garantido aos pacientes o direito de se defenderem plenamente contra a imputação da prática do crime de lavagem de dinheiro, cumpre registrar que também é imputado o crime de organização criminosa, que, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “a reunião dos acusados para a prática do crime de lavagem de dinheiro, *por si só*, tem o condão de configurar o delito previsto no art. 2º, *caput* e § 4º, V, da Lei 12.850/2013, sendo mister aguardar a instrução criminal para aferir a alegada violação da proibição de dupla persecução penal” (RHC 66.064/PR, rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016). (g.n.)

Dessa forma, assim, o fundamento contido nas decisões impugnadas, no sentido de que “*os referidos delitos estão muito intrincados em cada um dos supramencionados contextos fáticos*”, não se mostra idôneo para o fim de justificar possível limitação ao direito de defesa dos pacientes, uma vez que, conforme já exposto, trata-se, à primeira vista, de crimes autônomos, contra os quais os acusados devem direcionar a sua defesa.

De igual forma, o entendimento utilizado para restringir a defesa dos pacientes, consistente no argumento de que, “*por outro lado, se após a instrução probatória restar caracterizado que os ilícitos descritos na denúncia configuram crimes continuados e/ou mero exaurimento de condutas ilícitas, tais circunstâncias não deixarão de ser devidamente consideradas e ajustadas por ocasião da sentença*”, também não se presta, num primeiro olhar, como sustentação

para se limitar o pleno exercício do direito de defesa. No caso, a defesa tem direito de apresentar testemunhas para negar a própria existência dos fatos delituosos, estejam eles inseridos ou não em continuidade delitiva.

Aliás, como é sabido, para o Direito Penal o fundamental é garantir ao acusado o direito de se defender de maneira plena, por óbvio, sempre se atentando para a vedação legal à realização de provas desnecessárias e protelatórias, que, por ora, não se mostra ocorrer no caso dos autos.

Por sua vez, não seria necessário dizer que os termos do art. 400, § 1º, hão de ser sempre interpretados de forma não apenas estrita, mas também restritiva. Assim, *não socorre possível alegação de que, de acordo com esse dispositivo legal, possa o juiz indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, uma vez que se afigura ainda mais certo do ponto de vista hermenêutico o fato de que, havendo dúvida quanto à necessidade, pertinência e relevância da prova requerida pela defesa, o magistrado da causa haverá sempre de resolver o pedido de produção de prova em favor do direito de defesa.* A experiência das salas de audiência, em matéria penal, acentua ainda mais uma tal conclusão, posto não ser raro que até mesmo uma testemunha, por exemplo, considerada meramente abonatória do caráter do agente, acabe revelando conhecimento preciso e detalhado sobre os fatos juridicamente controvertidos.

Também o STF já teve ocasião de manifestar a necessidade de prestigiar o direito à ampla defesa, entendendo como ilegítimo o indeferimento de produção de prova oportunamente requerida pela defesa (cito):

- HABEAS CORPUS. CONHECE-SE COMO RECURSO ORDINÁRIO, SE O PEDIDO SE REFERE A DECISÃO DO TRIBUNAL A QUO E FOI APRESENTADO NO PRAZO. PROVA. A RAZOABILIDADE DA PERICIA HÁ DE SURGIR DE DADOS TANTO QUANTO POSSIVEL COMPLETOS, EXTREME DE DUVIDAS, O QUE NÃO SE COMPREENDE APENAS NO OPINAMENTO DO PERITO, MAS NOS ELEMENTOS QUE DEVEM SER POSTOS EM EVIDENCIA NOS AUTOS. CONFIGURA CONSTRANGIMENTO ILEGAL O INDEFERIMENTO DA COMPLEMENTAÇÃO DA PROVA, DEIXANDO O JUIZ PARA VALORA-LA DEPOIS DAS ALEGAÇÕES FINAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(HC 64881, Relator(a): Min. CARLOS MADEIRA, Segunda Turma, julgado em 19/06/1987, DJ 14-08-1987 PP-16087 MEMENT VOL-01469-01 PP-00136)

Nosso Tribunal, por seu turno, também tem expressiva jurisprudência no sentido de configurar constrangimento ilegal o injustificado indeferimento de prova da defesa, o que, inclusive, pode denotar *prejulgamento do magistrado* em desfavor do acusado, de ordem, obviamente, a ensejar a impetração do *habeas corpus*. Mais do que isso, o Tribunal tem censurado até mesmo a inidônea produção de prova, quando o magistrado não propicia condições adequadas ao ato de instrução (cito):

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TESTEMUNHAS DA DEFESA. OITIVA. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO. 1. O indeferimento de prova testemunhal requerida em defesa prévia sob a presunção de sua desnecessidade para o deslinde da demanda, configura constrangimento ilegal, uma vez que isso importaria em prejulgamento, bem como levaria à exclusão de eventuais elementos que poderiam servir a um reexame da causa. 2. Ordem concedida. (HC 0015055-16.2006.4.01.0000/BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL KLAUS KUSCHEL (CONV.), QUARTA TURMA, DJ p.59 de 24/07/2006)

HABEAS CORPUS. PACIENTE QUE É FUNCIONÁRIO PÚBLICO. OBSERVÂNCIA DO RITO DO ART. 513 USQUE ART. 518 DO CPP. AFASTAMENTO DA FASE DA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. NEGATIVA DE AUDIÇÃO DAS TESTEMUNHAS INDICADAS PELA DEFESA. CONCESSÃO DA ORDEM. (...)

8. Hipótese em que o Juízo indeferiu a oitiva dos testigos indicados pela defesa, "salvo se sobrevier aos autos informação de que os citados procuradores federais, arrolados como testemunhas, estavam lotados em Ji Paraná/RO, à época dos fatos". O fato de as testemunhas terem estado lotadas, ou não, "em Ji Paraná/RO, à época dos fatos", é insuficiente para afastar o direito da defesa de ouvi-las. Caso em que o Juízo deixou de explicar a razão pela qual essa vinculação seria determinante na verificação da relevância, ou não, dos depoimentos a serem prestados. 9. Ordem de habeas corpus concedida. (HC 0060932-27.2016.4.01.0000 / RO, Rel. JUIZ FEDERAL LEÃO APARECIDO ALVES (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 de 06/04/2017).

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ARTIGOS 155, 288, 299 e 304, DO CÓDIGO PENAL. ARTIGOS 38, 39, 50, 50-A, 68 E 69-A, DA LEI 9.605/1998. CABIMENTO DO WRIT. DELIMITAÇÃO DE TESTEMUNHAS FACTUAIS. INOCORRÊNCIA DE RENÚNCIA TÁCITA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDICAÇÃO DE ASSISTENTE TÉCNICO E FORMULAÇÃO DE QUESITOS. POSSIBILIDADE. ART. 159 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. In casu, a parte impetrante foi intimada a se manifestar quanto às testemunhas - factuais ou abonatórias - arroladas na resposta à acusação. Apesar de atendido o máximo legal de testemunhas, o Juízo de origem entendeu que houve renúncia tácita em face da não qualificação de cada uma delas. Impossibilidade de se impor condicionantes ao direito da parte de verem ouvidas as suas testemunhas.

2. A possibilidade de negativa do pedido de produção de provas constante no art. 400, § 1º do Código de Processo Penal, diz respeito às provas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, não sendo o caso, portanto, do arrolamento de testemunhas dentro do limite legal de 08 (oito) ou 05 (cinco) a depender do rito processual aplicável à espécie. 3. É direito processual subjetivo das partes verem inquiridas as testemunhas arroladas, constituindo limitação ao dever de acusar e ao direito de defesa o estabelecimento de condicionantes ou explicações acerca do que se deseja provar. 4. O direito à ampla defesa, ainda que condicionado a alguns requisitos, não deve ser cerceado senão com fundamento em lei. A não classificação das testemunhas em factuais ou abonatórias, uma vez respeitado o número previsto para cada rito, não se configura causa idônea para justificar a restrição ao direito processual, muito menos causa apta a fundar hipótese de renúncia tácita. 5. O paciente tem - também - o direito de indicar assistente técnico e formular quesitos à luz do § 3º, do artigo 159 do Código de Processo Penal, não sendo possível lhe exigir justificativa para o exercício de tal mister. Cuida-se de direito subjetivo a possibilidade de exercício desta faculdade prevista em lei. "Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico". 6. Ordem de habeas corpus concedida. (HC 0043477-49.2016.4.01.0000/MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 de 24/03/2017).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TESTEMUNHAS ARROLADAS PELA DEFESA. NÚMERO MÁXIMO DE OITO TESTEMUNHAS POR FATO CRIMINOSO. ART. 401, DO CPP. DESISTÊNCIA TÁCITA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O art. 401 do Código de Processo Penal prevê que as partes poderão arrolar até 08 (oito) testemunhas, número limite que se refere a cada fato criminoso, observando-se, ainda, os princípios da razoabilidade da proporcionalidade ao se levar em consideração a quantidade de fatos imputados ao denunciado. Precedentes. 2. Cabe ao Juiz, na condução do processo e da instrução probatória, evitar que sejam ouvidas testemunhas em número superior ao previsto em lei, não havendo, no caso em apreço, plausibilidade jurídica da tese de que a limitação caracterizaria cerceamento de defesa. 3. Embora a inicial tivesse imputado ao paciente dois fatos delituosos, o que permite a apresentação de rol contendo 16 (dezesseis) testemunhas, impõe-se seja respeitado o número de 08 (oito) para cada fato. De tal sorte que a pretensão de se ouvir, indistintamente, todas as 16 (dezesseis) testemunhas sobre ambos os fatos típicos não encontra permissivo na exegese da regra do art. 401 do CPP, nem no princípio da comunhão da prova. 4. Tendo o paciente reiterado a necessidade de oitiva das dezesseis testemunhas previamente arroladas, não se mostrou prudente a solução no sentido de considerar ter havido desistência tácita da produção da prova testemunhal. 5. A solução adotada na decisão que deferiu parcialmente a liminar é a que se mostra adequada na espécie, na medida em que preserva o direito à produção da prova testemunhal, observando-se, porém, o limite de 8 (oito) testemunhas para cada fato. 6. Ordem de Habeas corpus parcialmente concedida. (HC 0018579-69.2016.4.01.0000/MG, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL NEUZA MARIA ALVES DA SILVA, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL HENRIQUE GOUVEIA DA CUNHA (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 de 03/08/2016).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. OITIVA DE TESTEMUNHAS ARROLADAS NA DEFESA PRÉVIA. INDEFERIMENTO SOB O CONVENCIMENTO ANTECIPADO QUANTO SUA IMPRESTABILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO. 1. "A fundamentação baseada na situação de flagrância não tem o condão de afastar, por si só, a necessidade da oitiva das testemunhas requerida pela defesa" (do opinativo ministerial - fl. 66). 2. Ordem concedida. (HC 0006766-89.2009.4.01.0000/PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, QUARTA TURMA, e-DJF1 p.369 de 28/04/2009)

Tudo considerado, forçoso concluir que eventual relação entre si dos fatos delituosos atribuídos aos pacientes, isoladamente, não é motivo para limitar o número de testemunhas, isso porque, diversos os fatos, embora relacionados, demandam prova autônoma. De outra parte, a leitura da denúncia trazida a estes autos, deixa clara a diversidade e complexidade das condutas imputadas aos pacientes, assim merecedoras, num primeiro olhar, à amplitude do rol de testemunhas.

É de se acentuar que, inicialmente, quem sugere e de alguma forma indica o número de prováveis testemunhas a que terá direito a defesa, segundo o art. 401 do CPP, é, bem observado, a própria acusação, quando resolve, por escolha sua, ou necessidade dos fatos, veicular na mesma peça acusatória mais de um fato criminoso. No caso concreto, como viu, cuida-se de acusação deduzida em verdadeira profusão de fatos e circunstâncias que se arrastaram por mais de 150 laudas.

Aliás, considerado o processo penal, cada fato criminoso, constituindo causa de pedir autônoma, conforma relação processual também autônoma, que, apenas por razões essencialmente de política legislativa, para evitar julgamentos dispare, a lei permite e às vezes impõe (continência ou conexão) sejam processados nos mesmos autos, mas essencialmente serão sempre relações processuais de natureza diversa.

Assim, numa primeira conclusão, *entendo que, considerados os motivos que apresentou o magistrado de origem, deve ser reformada a decisão atacada no ponto em que restringe o número de testemunhas.*

Entretanto, não obstante se entenda que mereça reforma a decisão que simplesmente restringiu o número de testemunhas, sendo certo que o art. 401 do CPP deve ser interpretado em consonância com o *direito de ampla defesa*

albergado pela Constituição Federal, não se pode, por outro lado, desprezar os *princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da duração razoável do processo*, os quais, em casos que tais, podem coibir excessos tanto da acusação como da defesa ao arrolar as suas testemunhas.

Nas palavras sempre lúcidas do Ministro Gilson Dipp,

[...] o art. 401, do CPP, estabelece que ‘na instrução poderão ser inquiridas até 8 (oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8 (oito) pela defesa.’ *O número limite de testemunhas previsto em lei refere-se a cada fato criminoso e devem ser observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao se levar em consideração a quantidade de fatos imputados ao denunciado* [...] (RHC 29.236/SP, rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 1º/08/2011) (g.n.).

A jurisprudência desta Corte perfilha idêntico entendimento:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE TESTEMUNHAS DE DEFESA AO NÚMERO MÁXIMO DE 08 (OITO). ART. 401 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MAIS DE UM FATO CRIMINOSO APURADO EM UM CONTEXTO FÁTICO ÚNICO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 401 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE E DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1. Embora exista entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o número limite de testemunhas previsto no art. 401 do Código de Processo Penal se refere a cada fato criminoso, é importante salientar que tal dispositivo legal deve ser interpretado não só em consonância com a norma constitucional que garante a ampla defesa no processo penal (CF, art. 5º, LV), como também à luz dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da duração razoável do processo, mormente quando os crimes atribuídos ao paciente (redução a condição análoga à de escravo - art. 149 do Código Penal - e frustração de direitos assegurados em lei trabalhista - art. 203 do Código Penal), são desdobramentos de um mesmo fato e constatado em razão de uma mesma fiscalização realizada na Fazenda Mundo Verde. 2. Não demonstração pela defesa do paciente de qualquer peculiaridade a ensejar a obrigatoriedade da oitiva de 14 (quatorze) testemunhas além do número previsto no art. 401 do Código de Processo Penal. 3. Ordem denegada.

(HC 0069140-68.2014.4.01.0000/PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, QUARTA TURMA, e-DJF1 p.1509 de 20/03/2015)

No caso, se é certo, por um lado, que a autoridade coatora não poderia restringir a defesa dos pacientes aos indevidamente designados *contextos fáticos* por ela eleitos, na medida em que a acusação teria imputado aos pacientes outros graves fatos criminosos que demandam ampla dilação probatória, por outro, é imprescindível registrar que não se está a impedir o juiz da causa da possibilidade de avaliar a efetiva conveniência e necessidade da realização das provas requeridas, desde que fundamentadamente e, como já posto, sempre com a cautela de não obstar o exercício pleno ao direito do contraditório e da ampla defesa.

Dessa forma, frise-se que, não obstante se entender que às partes é possível a indicação de 8 (oito) testemunhas por fato delituoso, também não se desconhece o poder conferido ao juiz de, na condução do processo, a fim de evitar abusos contrários à marcha processual por ambas as partes, indeferir, fundamentadamente, *as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias*, a teor do disposto no § 1º do art. 400 do CPP.

Todavia, no caso, a autoridade coatora não cuidou de determinar — previamente à decisão que restringiu o rol de testemunhas — que a defesa dos pacientes especificasse a pertinência da oitiva das testemunhas indicadas, especialmente daquelas que deverão ser ouvidas por Carta Rogatória. Como se sabe, o art. 222-A do CPP, *as cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio*. No caso, pois constitui ônus da defesa demonstrar concretamente de forma prévia a imprescindibilidade da oitiva das testemunhas que eventualmente tenham que ser ouvidas por rogatória.

Por outro lado, seria também obrigação da defesa, em respeito ao limite de 8 (oito) testemunhas *por fato*, indicar de forma específica a qual fato se vincula cada uma das testemunhas.

Este Tribunal já teve ocasião de demonstrar que, não obstante a parte tenha o direito a oito testemunhas *para cada fato* delituoso a ela imputado, isso não implica, contudo, nas situações em que haja mais de um fato delituoso vertido na peça acusatória, que a defesa tenha o direito de que todas as testemunhas arroladas possam depor sobre todos os fatos. Assim, por exemplo, quando haja a imputação de dois fatos delituosos, as 16 (dezesesseis) testemunhas a que tem direito a defesa apenas serão admitidas para serem interrogadas ao limite de oito testemunhas para cada fato, não podendo se imaginar que todas as 16 (dezesesseis) testemunhas do exemplo oferecido prestem depoimento, de forma indistinta, sobre os dois fatos denunciados (cito):

PROCESSIONAL PENAL. HABEAS CORPUS. TESTEMUNHAS ARROLADAS PELA DEFESA. NÚMERO MÁXIMO DE OITO TESTEMUNHAS POR FATO CRIMINOSO. ART. 401, DO CPP. DESISTÊNCIA TÁCITA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O art. 401 do Código de Processo Penal prevê que as partes poderão arrolar até 08 (oito) testemunhas, número limite que se refere a cada fato criminoso, observando-se, ainda, os princípios da razoabilidade da proporcionalidade ao se levar em consideração a quantidade de fatos imputados ao denunciado. Precedentes. 2. Cabe ao Juiz, na condução do processo e da instrução probatória, evitar que sejam ouvidas testemunhas em número superior ao previsto em lei, não havendo, no caso em apreço, plausibilidade jurídica da tese de que a limitação caracterizaria cerceamento de defesa. 3. Embora a inicial tivesse imputado ao paciente dois fatos delituosos, o que permite a apresentação de rol contendo 16 (dezesesseis) testemunhas, impõe-se seja respeitado o número de 08 (oito) para cada fato. De tal sorte que a pretensão de se ouvir, indistintamente, todas as 16 (dezesesseis) testemunhas sobre ambos os fatos típicos não encontra permissivo na exegese da regra do art. 401 do CPP, nem no princípio da comunhão da prova. 4. Tendo o paciente reiterado a necessidade de oitiva das dezesesseis testemunhas previamente arroladas, não se mostrou prudente a solução no sentido de considerar ter havido desistência tácita da produção da prova testemunhal. 5. A solução adotada na decisão que deferiu parcialmente a liminar é a que se mostra adequada na espécie, na medida em que preserva o direito à produção da prova testemunhal, observando-se, porém, o limite de 8 (oito) testemunhas para cada fato. 6. Ordem de Habeas corpus parcialmente concedida. (HC 0018579-69.2016.4.01.0000 / MG, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL NEUZA MARIA ALVES DA SILVA, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL HENRIQUE GOUVEIA DA CUNHA (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 de 03/08/2016).

Portanto, no caso presente, há de se pressupor que, para respeito do que estabelecido no art. 401 do CPP, no número indicado de testemunhas pela defesa (oitenta testemunhas), haverá de se dividir sempre as testemunhas ao limite de no máximo oito testemunhas por fato delituoso.

V – Conclusão

Isso considerado, *defiro parcialmente a ordem* para suspender os efeitos da decisão impugnada, na parte em que limitou o total de testemunhas a 32 (trinta e duas) e fixou o prazo de 5 (cinco) dias para que a defesa dos pacientes procedesse à indicação, e, em consequência, *mantenho* o número de testemunhas inicialmente indicadas pela defesa, mas condiciono esta decisão aos seguintes ônus processuais, que deverão ser cumpridos pela defesa, no prazo de 5 (cinco) dias, a contar da intimação desta decisão, fazendo-o diretamente nos autos originários:

(1) deve a defesa justificar concretamente, na forma do art. 222-A, a imprescindibilidade das testemunhas a serem ouvidas por Carta Rogatória, preservando-se obviamente a possibilidade de o magistrado, de forma motivada, rejeitar os argumentos apresentados; e

(2) deve a defesa indicar, destacada e individualmente, quanto a cada fato delituoso imputado aos pacientes quais testemunhas, no limite de 8 (oito) para cada fato, deverão ser ouvidas.

(*Habeas Corpus* 0029587-09.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Néviton Guedes, e-DJF1 de 22/06/2017, p. 293)

Tutela Cautelar Antecedente 0013081-55.2017.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Trata-se de tutela de urgência, com pedido de liminar, proposta por Transporte Coletivo do Brasil Ltda. sustentando ter ocorrido lesão gravíssima à coisa julgada que se formou com o julgamento da AC 2006.41.01.004169-0. Este acórdão teria garantido à empresa o funcionamento de linha de transporte rodoviário nos trechos entre Porto Seguro (BA) – Sena Madureira (AC), Assis Brasil (AC) – Colniza (MT) e Ariquemes (RO) – Boa Vista (RR), até a realização de procedimento licitatório.

Afirma que a Supas/Getae comunicou que a Procuradoria Federal (PF/ANTT) concluiu que a decisão judicial não estaria apta a produzir efeitos, violando a coisa julgada.

Requer:

a) a concessão da tutela de urgência, liminarmente, com vistas a desconstituir (ou suspender) a deliberação do citado órgão da ANTT (doc. n. 1), objetivando assegurar o que decidido no r. acórdão n. 2006.41.01.004169-0/RO, unânime, proferido por esse egrégio TRF/1 (doc. n. 2);

b) que se determine a ANTT, que mantenha o “status quo ante” da linha referida linha Porto Seguro (BA) – Sena Madureira (AC), Assis Brasil (AC) – Colniza (MT) e Ariquemes (RO) – Boa Vista (RR) e seus seccionamentos, conforme consta no Sistema de Gerenciamentos da ANTT, sob pena de multa diária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por dia;

c) seja determinada a ANTT que se abstenha de multar e apreender os veículos da Requerente, como vem ocorrendo;

d) que a ANTT seja compelida a oficiar, nos termos da Resolução 979/05, afim de que seja concedido guichê e box para embarque e desembarque dos passageiros no interior dos terminais rodoviários de Rio Branco (AC), Cuiabá (MT), Rio de Janeiro (RJ), Vitória (ES), Governador Valadares (MG), Colatina – (ES), Linhares (ES), São Mateus (ES), Itamaraju (BA), Itabuna (BA) e Porto Seguro (BA), sob pena de multa diária em caso de descumprimento do r. acórdão n. 2006.41.01.004169-0/RO prolatado por este e. TRF/1;

e) a citação da ANTT no endereço St. de Clubes Esportivos Sul Trecho 3 Lote 10 - Projeto Orla Polo 8, Brasília - DF, 70200-003;

f) a condenação em honorários advocatícios em valor justo, e custas em ressarcimento, na forma legal [...]. (fls. 11/12)

Decido.

O § 5º do art. 1.029 do CPC prevê que o pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido ao presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037, também do CPC.

Ocorre que, na hipótese presente, o pedido de liminar foi formulado não pelos recorrentes, mas pelo recorrido. Ademais, os recursos especiais e extraordinários interpostos pela ANTT e pela União já foram admitidos, tendo sido interposto agravo regimental por Transporte Coletivo do Brasil Ltda.

Vejo, portanto, que o pedido não pode prosperar.

Primeiro porque não há previsão legal de proposição de tutela de urgência, pela recorrida, para exigir o cumprimento do acórdão.

Ademais, a ementa do acórdão deste Tribunal que a empresa de transporte visa seja cumprido estabeleceu:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. AUTORIZAÇÃO, CONCESSÃO OU PERMISSÃO DE EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM PROMOVER LICITAÇÕES. POPULAÇÕES DESATENDIDAS. INTERVENÇÃO EXCEPCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO.

1. Não obstante seja incontroverso que somente por meio de licitação é possível a autorização, concessão ou permissão de exploração de serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros (Constituição Federal, art. 21, inc. XII, e), há mais de duas décadas a Administração se omite em deflagrar procedimentos licitatórios.

2. Estudos técnicos reconhecem que, com o desenvolvimento do país nessas últimas décadas, aumentou a demanda das populações interioranas no que tange à operacionalização de transporte coletivo interestadual de passageiros.

3. A autora obteve do extinto DNER autorização para explorar o serviço público de transporte rodoviário de passageiros nos trechos Porto Seguro (BA) – Sena Madureira (AC), Assis Brasil (AC) – Colniza (MT) e Ariquemes (RO) – Boa Vista (RR), com seccionamentos, no ano de 1.984.

Todavia, tem sofrido restrições à sua atividade mediante autuações por parte da Agencia Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e pelo Departamento de Polícia Rodoviária Federal, em que aplicam sanções pela execução de serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros sem prévia autorização ou permissão.

4. Há mais de 20 (vinte) anos a apelante tem atuado junto ao Poder Público com vistas a regularizar sua situação. Durante todo esse período, a Administração tem negado a autorização provisória à autora para operar nos referidos itinerários sob o argumento da necessidade de se realizar licitação pública. Entretanto, não obstante o decurso de mais de duas décadas, o procedimento licitatório não foi realizado até o presente momento, caracterizando flagrante omissão da Administração Pública no cumprimento de suas atribuições.

5. Não é tarefa do Poder Judiciário estabelecer linhas, deferir concessões e permissões, mas apenas averiguar a licitude da ação ou omissão da Administração que, neste particular, é ilegal e abusiva, contrária ao interesse público, ao desenvolvimento do país, ao princípio da legalidade e

da moralidade.

6. Em face da excepcionalidade da situação, que perdura no tempo em prejuízo dos usuários dos serviços de transporte interestadual de passageiros, constatada a omissão da Administração em deflagrar procedimento licitatório para concessão de serviço de transporte interestadual regular de passageiros, cabe ao Poder Judiciário assegurar a continuidade da prestação do serviço público, até que seja realizado o competente processo de licitação, garantindo-se, assim, o direito

constitucional de ir e vir da coletividade envolvida. Precedentes: AG 2004.01.00.007110-3/DF, rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, DJ de 11/11/2004; AC 2006.35.02.000233-2/GO, rel. Des. Federal Fagundes de Deus, e-DJF1 de 29/04/2011; AC 0018524-60.2003.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal João Batista Moreira, e-DJF1 de 13/05/2011; AC 0007331-97.2007.4.01.3500, rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes Filho – conv., rel. p/ acórdão Des. Federal Selene Maria de Almeida, publ. 21/10/2011 e-DJF1 P. 2187. A ANTT promoverá a fiscalização regular à empresa autora nos mesmos moldes que atua com relação às demais.

8. Apelação da autora provida [...]. (fls. 26/27)

Como visto, o acórdão assegurou à empresa autora “a continuidade da prestação do serviço público, até que seja realizado o competente processo de licitação, garantindo-se, assim, o direito constitucional de ir e vir da coletividade envolvida”.

Também, o acórdão expressamente estabeleceu que “A autora obteve do extinto DNER autorização para explorar o serviço público de transporte rodoviário de passageiros nos trechos Porto Seguro (BA) – Sena Madureira (AC), Assis Brasil (AC) – Colniza (MT) e Ariquemes (RO) – Boa Vista (RR), com seccionamentos, no ano de 1.984”.

A ANTT assim justificou o aparente descumprimento do acórdão:

Prezados,

Nos autos do processo judicial nº 000416886.2006.4.01.4101 foi prolatada decisão favorável à empresa TRANSPORTE COLETIVO BRASIL LTDA. – TCB. Diante de tal decisão, a empresa foi autorizada a operar a linha SENA MADUREIRA/AC – PORTO SEGURO/BA.

Contudo, conforme assentado pela Procuradoria Federal junto ANTT – PF/ANTT por meio da Nota N. 00071/2017/PFANTT/PGF/AGU, anexada, “analisando a decisão mencionada verifica-se que esta, publicada em 16.11.2012, entende que, constatada a omissão da Administração Pública em deflagrar o procedimento licitatório para concessão de serviço de transporte interestadual regular de passageiros, caberá ao poder judiciário assegurar a continuidade da prestação do serviço público até que seja realizado o competente processo de licitação”.

Assevera a PF/ANTT que tal argumentação já está superada, eis que o setor de transporte terrestre rodoviário de passageiros possui um novo marco regulatório, não havendo que se falar em qualquer omissão. Salienta, ainda, que, com a entrada em vigor da Lei nº 12.996/2014 afastou-se a necessidade de prévia licitação.

Assim, concluiu a Procuradoria que “a decisão judicial aqui tratada não está apta a produzir efeitos no sentido de determinar a autorização da linha pretendida por parte da solicitante”.

Dessa forma, todas as linhas autorizadas judicialmente à empresa TRANSPORTE COLETIVO BRASIL LTDA. – TCB no âmbito do processo 000416886.2006.4.01.4101 serão paralisadas.

Att.

Gerência Técnica de Assessoramento GETAE

Superintendência de Serviços de Transporte de Passageiros SUPAS

Tel.: (61) 34101418”. (fl. 33)

Conforme se depreende das transcrições acima, o acórdão não assegurou à empresa a operação de linhas, por prazo indefinido. A autorização para exploração do serviço público foi dada até a realização de licitação. Se houve alteração dos regulamentos pela Administração por um novo marco regulatório, não pode a empresa exigir o cumprimento do acórdão porque essa questão não foi por ele apreciada.

Por outro lado, visa a autora ampliar a autorização de suas operações como concessionária de serviços públicos para outros estados da Federação, como para o Rio de Janeiro, Espírito Santo e Minas Gerais, que não foram incluídos no acórdão.

Vejo, portanto, que os pedidos feitos na presente *tutela de urgência* não podem ser enfrentados por esta Presidência, sob pena de supressão de instância.

Indefiro a petição inicial.

(Tutela Cautelar Antecedente 0013081-55.2017.4.01.0000/RO, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, e-DJF1 de 23/06/2017, p. 2.518)

Agravo de Instrumento 0042026-86.2016.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)

Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que determinou a constrição ilimitada de bens da parte agravante.

Em razões recursais, argumenta que a constrição indiscriminada de bens, embora deferida nos autos da Ação Cautelar Fiscal 1982-87.2015.4.01.3806, fora suspensa por decisão deste Tribunal proferida em sede de agravos de instrumento. Fato este levado ao conhecimento do juízo agravado, ainda sem decisão.

Por julgar relevante o argumento da agravante de que perante o juízo agravado havia requerimento pendente de apreciação, informando provimento judicial já determinado em agravos de instrumento, o qual poderia ensejar reexame da decisão agravada, solicitei informações ao juízo agravado sobre seu pronunciamento acerca deste fato.

Em resposta, foi encaminhada cópia de decisão mantendo a constrição dos bens da parte agravante, nos autos das execuções fiscais, ao seguinte fundamento:

Trata-se de irrisignação da PARTE EXECUTADA com o alcance de bens próprios em execução fiscal onde se entendeu pela existência de grupo econômico de que ela faria parte.

A execução fiscal presente é um desmembramento do processo n. 2007.38.11.003135-0, pois nele se entendeu, preliminarmente, que seriam necessárias cobranças sobre patrimônio além daquele do devedor originário, justamente porque haveria um grupo econômico que, em suma, transferiria entre empresas os bens garantidores de dívidas fiscais, ficando umas empresas/pessoas com bens outras pessoas/empresas com dívidas. Dívidas impagáveis, claro.

Clássico caso de esvaziamento patrimonial. Antiga estratégia.

Afasto a alegação de intempetividade de qualquer redirecionamento, pois a desconsideração da personalidade jurídica pode ser declarada a qualquer momento no processo, desde que presentes os requisitos fáticos para tanto e desde que haja contraditório. O contraditório é exatamente o que estamos tendo aqui, sendo que as constrições já feitas são medidas de urgência inseridas no poder geral de cautela do Poder Judiciário.

A PARTE EXECUTADA se esforça para trazer empecos processuais para o andamento normal do feito, mas não adentra o ponto do assunto que interessa realmente.

Pela narrativa da PARTE EXEQUENTE, especialmente em f. 136 e arredores, continuo vendo grande plausibilidade na alegação da existência de grupo econômico.

Agora, muito mais segurança tenho disto, pois a PARTE EXECUTADA teve ampla possibilidade de refutar declarações/acusações muito simples feitas pela PARTE EXEQUENTE e não tocou ela, a PARTE EXECUTADA, nos pontos nodais da questão.

Ela não demonstra compras e vendas e transferências dentro de uma normalidade entre sócios e empresas.

Ora, quando se vende uma fazenda ou um carro, a pessoa, física ou jurídica, fica sem o bem, mas fica com o dinheiro em caixa ou na conta bancária. E este dinheiro há de ser contabilizado. Pessoas honestas fazem isto.

Toda alienação de bem deve ter subjacente ou a aquisição de outro bem de equiparável valor patrimonial ou a disponibilidade de dinheiro correspondente. Senão, é doação ou fraude.

A PARTE EXECUTADA pode acabar com qualquer discussão sobre sua conduta: basta demonstrar a normalidade das transações que embasam as fortes suspeitas de esvaziamento patrimonial. Para isto, existem recibos em mãos, bastaria construir uma narrativa de algumas poucas laudas e tudo seria resolvido.

No caso presente, os devedores ficam sem bens e sem dinheiro e na há qualquer narrativa (sequer narrativa) da PARTE EXECUTADA explicando esta grande coincidência.

No mais, afastado, de todo modo, as alegações da PARTE EXECUTADA quanto a uma suposta interferência de processos e medidas judiciais outras no presente feito. A presente execução fiscal tem vida própria, embora derivada de uma anterior, sem qualquer impedimento por ordem de instância superior.

Por outro lado, se há excesso de constrição, mesmo em se considerando o grupo econômico evidente nos autos, seria o caso de ser isto demonstrado nos autos. Não apenas alegado sem maiores detalhes.

Assim, indefiro o pedido da PARTE EXECUTADA e mantenho a constrição dos bens.

Prestadas as informações e passando ao exame do agravo de instrumento, tenho por afastada a pretensão da parte agravante de que intempetivas as constrições determinadas em razão da ação cautelar fiscal. Contrariamente ao afirmado pela parte agravante, a ação de execução fiscal é precedente ao ajuizamento da ação cautelar fiscal, posto ser originária de desmembramento de processo existente desde o ano de 2007.

Ingressando no mérito, constata-se que a responsabilidade fundada na formação de grupo econômico requerida pela exequente nos autos da execução fiscal sob a jurisdição do juízo agravado já fora objeto de pretensão e sob os mesmos argumentos, nos autos da Ação Cautelar Fiscal 1982-87.2015.4.01.3806, perante o Juízo Federal da SSJ de Patos de Minas, que a deferiu.

Esta decisão foi o único motivo para que o juízo agravado acolhesse o pleito da exequente no âmbito da execução fiscal sob sua jurisdição. E assim, sem qualquer outro fundamento, deferiu o pedido de constrição ilimitada formulado pela exequente (fl. 206).

Contudo, a decisão liminar proferida nos autos da medida cautelar fiscal fora parcialmente reformada para, mantendo a caracterização de grupo econômico, reduzir as constrições impostas, em razão de sua natureza.

Assim, no âmbito do Agravo de Instrumento 0059447-26.2015.4.01.0000/MG, tendo por agravante, dentre outros, Futura Veículos Ltda., e do agravo de Instrumento 0052487-54.2015.4.01.0000/MG, tendo por agravante Divinópolis Veículos Ltda., ambos de relatoria do Desembargador Novély Vilanova, foi acolhido, em parte, o pedido recursal para delimitar as constrições decorrentes da medida cautelar fiscal em que caracterizado a responsabilidade por formação de grupo econômico, nos seguintes termos:

Defiro em parte a suspensão do cumprimento da decisão agravada, de indisponibilidade dos bens das *empresas* agravantes (com exceção dos bens imóveis), limitando a penhora de seus ativos financeiros na ordem de 5% do faturamento mensal de cada empresa.

Ficam mantidas as constrições sobre os bens das pessoas físicas, para evitar a fragilização da base de garantia de eventual processo de execução ou ação de cobrança.

Comunicar ao juízo de origem para cumprimento desta decisão (2ª Vara Federal de Patos de Minas-MG), publicar e intimar a União/PFN para responder em 10 dias (CPC, art. 527/V).

Considerando tratar-se de pretensão em face das mesmas partes e fundadas nas mesmas razões, não poderia o juízo agravado ampliar o limite das garantias da parte exequente, se estas já foram objeto de apreciação e definição e delimitação em grau recursal.

Postas estas considerações, *defiro, em parte*, a antecipação da tutela recursal para suspender a decisão agravada, relativamente à constrição de bens diversos daqueles já delimitados nas decisões proferidas nos autos do Agravo de Instrumento 0059447-26.2015.4.01.0000/MG, tendo por agravante *Futura Veículos Ltda.*, e do Agravo de Instrumento 0052487-54.2015.4.01.0000/MG, tendo por agravante *Divinópolis Veículos Ltda.*, ambos de relatoria do Des. Novély Vilanova.

(Agravo de Instrumento 0042026-86.2016.4.01.0000/MG, rel. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado), *e-DJF1* de 25/07/2017, p. 388)

Habeas Corpus 0034270-89.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

Fernando Teixeira Martins impetra a presente ordem de *habeas corpus* preventiva em favor de Eike Fuhrken Batista, na qual pugna para que seja concedida a medida liminar nos seguintes termos:

- a) concedido ao Paciente o direito de ser assistido por seu advogado, e de com ele comunicar-se livremente durante sua inquirição;
- b) seja o Paciente dispensado da assinatura de termo de compromisso legal de testemunha, podendo manter-se em silêncio de forma a não produzir provas contra si mesmo;
- c) seja concedido salvo-conduto ao Paciente para que ele possa valer-se da garantia constitucional de não produção de provas contra si em sua plenitude, sem ser submetido a qualquer medida privativa de liberdade ou restritiva de direitos em razão de suas prerrogativas, sob o pretexto de prática de crime de desobediência (artigo 330, CP) e/ou falso testemunho (artigo 342, CP) (fl. 12).

Para tanto, sustenta a parte impetrante ser natural supor que o ora paciente se encontra em possível condição de investigado, embora tenha sido arrolado como testemunha de defesa, haja vista a identidade dos acusados na Ação Penal 60203-83.2016.4.02.5101, as palavras do réu Lúcio Bolonha Funaro em um de seus depoimentos perante o juízo de origem e a sua própria delicada situação — réu em ação penal própria —, razão pela qual entende que qualquer coisa que fale como testemunha, em razão de sua assinatura no termo de compromisso, poderá ser usada contra ele em possíveis investigações existentes ou que possam vir a existir.

Nesse ponto, adita que ele se encontra em situação jurídica delicada, que pode ser agravada por qualquer declaração que seja obrigado a fornecer na oitiva para a qual foi intimado, caso seu silêncio ou sua recusa em responder determinado questionamento sejam considerados pelo magistrado *a quo* como falso testemunho, desobediência ou outra forma de obstrução das investigações.

Assevera que se impõem sejam-lhe asseguradas as mais basilares garantias constitucionais inerentes ao exercício do direito de defesa, quais sejam, o direito ao silêncio e o princípio do *nemo tenetur se detegere*, tanto mais que o depoimento testemunhal deve ser, em sua essência, realizado por pessoa estranha e desvinculada dos fatos abordados no processo.

Alega que o entendimento jurisprudencial das Cortes Superiores tem acentuado que não só os acusados, mas também as testemunhas, quando inquiridas sobre fatos a si relacionados e que lhe possam futuramente comprometer, estão desobrigadas do compromisso com a verdade ou de responder às perguntas que lhe forem formuladas.

Afirma que o direito à não autoincriminação se encontra presente no nosso ordenamento jurídico, como também em diversos tratados e convenções internacionais, tais como, o Pacto de São José da Costa Rica e no Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, pelo que faz-se imperioso resguardar as garantias constitucionais ao paciente, principalmente, seu direito ao silêncio e não obrigação de produzir prova contra si mesmo.

Ressalta que toda e qualquer testemunha que se encontre em situação idêntica à do paciente deve ter o direito de estar acompanhado por sua defesa técnica, podendo consultá-la durante a inquirição sobre a necessidade e possibilidade de responder às perguntas que lhe forem formuladas, assim respeitando, em sua completude, suas garantias fundamentais.

Por derradeiro, consigna que diante de todos os fundamentos e jurisprudências juntadas aos autos, resta cristalino que a matéria se encontra pacificada nos tribunais pátrios, inexistindo outra possibilidade que não o deferimento do presente pleito.

Informações prestadas pelo juízo de origem às fls. 26-28.

É o breve relatório. *Decido*.

O impetrante pretende obter liminar em *habeas corpus*, em favor de Eike Fuhrken Batista, contra decisão que ordenou a intimação do ora paciente.

De acordo com o STJ, “O deferimento de liminar em *habeas corpus* é medida de caráter excepcional, cabível apenas quando a decisão impugnada estiver eivada de ilegalidade flagrante, demonstrada de plano” (HC 398609/SP, Sexta Turma, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJe* de 12/05/2017). No mesmo sentido, confirmam-se, ainda, do mesmo Tribunal Superior: HC 398.591/SP, Sexta Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* de 12/05/2017 e HC 398.756/SC, Sexta Turma, rel. Min. Néfi Cordeiro, *DJe* de 15/05/2017.

Como bem pontuado em diversos julgados desta Corte Regional, “a análise de pedido de liminar formulado em sede de ‘*habeas corpus*’ pressupõe a presença de prova pré-constituída do direito alegado, com demonstração pelo impetrante, de maneira inequívoca, por meio de documentos, a existência de constrangimento ilegal imposto ao paciente” (TRF1. Numeração única: 0020671-83.2017.4.01.0000, Quarta Turma, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, *e-DJF1* de 08/05/2017).

Outrossim, na lição de Alberto Zacharias Toron, temos que “a medida liminar, no processo penal de *habeas corpus*, tem o caráter de providência cautelar. Desempenha importante função instrumental, pois destina-se a garantir – pela preservação cautelar da liberdade de locomoção física do indivíduo – a eficácia da decisão a ser ulteriormente proferida quando do julgamento definitivo do *writ* constitucional (RTJ 147/962)” (in: *Habeas Corpus*).

Controle do Devido Processo Legal: Questões Controvertidas e de Processamento do *Writ* – 1. ed. – Ed. Revista dos Tribunais: 2017, p. 288).

Não obstante as alegações contidas na presente impetração, neste juízo de cognição sumária, não vislumbro a ocorrência concomitante dos requisitos necessários ao deferimento da liminar requestada.

Em análise perfunctória própria do atual estágio processual, não constato a presença do alegado constrangimento ilegal a que estaria o paciente submetido ou na iminência de sofrer, pois não se depreende, *in casu*, qualquer ameaça concreta e fundada de iminente prisão ilegal decretada em seu desfavor.

Ao meu sentir, *data máxima vênia*, mostra-se como mera especulação a possibilidade de que o juízo de origem, durante a realização de audiência de inquirição do paciente — arrolado como testemunha de defesa — possa atribuir-lhe os supostos ilícitos alegados neste *writ*: falso testemunho, desobediência ou outra forma de obstrução das investigações.

Não se coaduna com o escopo do *mandamus* a expedição de salvo conduto em favor de suposto coagido, conforme requerido na impetração.

Ademais, o que ora se requer — direito a permanecer em silêncio e não produzir provas contra si — já constitui direito constitucionalmente assegurado.

Corroborando o entendimento supra, colaciono, *inter plures*, o seguinte aresto desta Corte Regional que, *mutatis mutandis*, analisou questão semelhante à postas no caso em epígrafe.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXPEDIÇÃO DE SALVO CONDUTO. DIREITO DE ACESSO AOS AUTOS DO INQUÉRITO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PEDIDO. DIREITO DO PACIENTE DE SER OUVIDO COMO INDICIADO E NÃO COMO TESTEMUNHA. IMPOSSIBILIDADE. VALORAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL NO CURSO DAS INVESTIGAÇÕES. DIREITO AO SILÊNCIO. GARANTIA DOS ACUSADOS NOS PROCESSOS EM GERAL. SUPOSIÇÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

Omissis.

3. Deferir a medida única e exclusivamente para que o paciente, quando de seu depoimento, se ocorrer, limite-se a esclarecer que não responderá a indagações acerca de fatos que possam incriminá-lo, redonda em assegurar uma garantia já prevista constitucionalmente para os acusados em geral, sobre o direito ao silêncio, insere no art. 5º, LXIII, da CF e na Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto São José de Costa Rica (ART.8º, 2. "G").

4. Ordem denegada.

(TRF1. HC 0074528-54.2011.4.01.0000/DF, Terceira Turma, Rel. Des. Federal Carlos Olavo, e-DJF1 de 20/04/2012 - destaques nossos).

Por fim, nunca é demais lembrar que nos termos do art. 206 do Código de Processo Penal, “a testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor”.

Daí porque, como bem consignado nas informações prestadas pelo juízo de origem, “Eike Batista é testemunha de Defesa, não tendo sido dispensado pelo réu Lúcio Bolonha Funaro que o arrolou, não cabendo a este Juízo determinar a Dispensa da testemunha antes da Audiência, sob pena de cerceamento de Defesa, quando será analisada a situação de corréu a fim de permanecer em silêncio às perguntas que lhe serão formuladas” (fl. 27v).

Ante o exposto, *indefiro* o pedido liminar.

(*Habeas Corpus* 0034270-89.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Ney Bello, e-DJF1 de 28/07/2017, p. 2.156)



Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico www.trf1.jus.br, *link* jurisprudência/inteiro teor.

Primeira Seção

Constitucional. Administrativo. Processual Civil. Mandado de segurança originário. Servidor público federal. Concurso público para cargo estadual. Curso de formação. Afastamento do cargo efetivo federal com remuneração. Possibilidade. TRF1. STJ. Leitura constitucional (ampliativa) do § 1º do art. 14 da Lei 9.624/1998. Liminar deferida: percepção dos valores. Ulterior posse/exercício no novo cargo. Segurança concedida. Agravo regimental não provido.

I. Trata-se de mandado de segurança originário ao TRF1, impetrado, em SET/2013, por servidora pública federal (analista judiciária) contra ato imputado ao juiz-diretor do Foro da Seção Judiciária de Roraima, que, apesar de lhe deferir o pedido de afastamento temporário para participação em curso de formação relativo a cargo estadual (delegado da Polícia Civil/AM), vedou-lhe, todavia, a percepção — em tal interregno — da remuneração alusiva ao dito cargo público federal.

II. O exame do mérito do *mandamus* enseja — dada a cognição exauriente aqui havida — a perda de objeto do agravo regimental aviado contra o deferimento da liminar pelo relator originário.

III. Os órgãos fracionários componentes da 1ª Seção (1ª e 2ª Turmas) assim compreendem, ficando-se em precedentes outros específicos a cada posição:

(a) “A Lei n. 8.112/90 prevê, em seu art. 20, § 4º, que o servidor público federal, mesmo em estágio probatório, tem direito a seu afastamento para participar de curso de formação decorrente de aprovação em concurso público para outro cargo na Administração Pública Federal. A jurisprudência deste Tribunal firmou posição no sentido de que, pela aplicação do princípio da isonomia, o mesmo direito deve ser assegurado aos casos que envolvam cargos da Administração dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.” (T1/TRF1, Rel. Desembargador Federal JAMIL ROSA DE JESUS, DJF1 de 26/07/2016).

(b) “Em que pese a legislação pertinente ao tema não apontar a possibilidade de afastamento remunerado dos servidores públicos federais para participação de curso de formação, decorrente de aprovação em concurso para outro cargo na Administração Pública Estadual, em homenagem ao princípio da isonomia, deve ser deferido o direito quando se tratar de cargos da administração dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Precedentes do TRF da 1ª Região [...]” (T2/TRF1, Rel. Desembargador Federal FRANCISCO BETTI, DJe 02/04/2009).

IV. A Vice-Presi/TRF1 não tem admitido recurso especial contra acórdãos que ostentem tal linha de pensamento: ver REsp no MS 0061880-08.2012.4.01.0000/DF.

V. Ao longo do *mandamus*, a impetrante — por força da liminar — já auferiu os valores pretendidos, e, ulteriormente homologado o resultado final do concurso público (delegado da Polícia Civil do Amazonas), já foi exonerada do cargo federal, tomou posse (ABR/2014) no cargo estadual pretendido e entrou em exercício, o que — em princípio (*obiter dictum*) — reforça as razões da liminar.

VI. O § 1º e o *caput* do art. 14 da Lei 9.624/1998 contêm a possibilidade-regra de o servidor público federal, ocupante de cargo efetivo, para então participar de eventual “curso de formação decorrente de aprovação em concurso público para outro cargo na Administração Federal”, poder suspender a prestação das suas atividades funcionais correlatas, sem prejuízo — todavia — de sua remuneração (vencimentos/vantagens), se por tal percepção optar em detrimento do “auxílio-financeiro” (equivalente a 50% da remuneração do novo cargo).

VII. A apreensão restritiva do termo “federal” (como adjetivo do novo cargo público almejado) não é abonada pela jurisprudência do TRF1 e do STJ (conforme explicitado na decisão que deferiu a liminar), permitindo-se, portanto, que também em face de cargo estadual possa o servidor público federal usufruir do benefício. Entende-se que se disse menos do que se queria/podia, agora em leitura do preceito sob a ótica de princípios constitucionais de envergadura, notadamente o da isonomia, que o melhoram/aperfeiçoam, proceder de solução que afasta a Súmula Vinculante 10 do STF (ver: 1ª Turma do STJ, Ag-Rcl 12.562/BA).

VIII. Atravancar, sem justa causa distintiva idônea qualquer, a participação nas etapas dos concursos públicos conduzidos por ente estatal outro (estado-membro e município) propende a hostilizar, ainda, os primados da impessoalidade e da eficiência, além de, sem contraponto razoável, restringir o âmbito da seleção pública (estadual), obstaculizando que ela atinja o maior número possível de candidatos à cata do mais gabaritado, intenção primordial do concurso público.

IX. Privar — em quadro tal — servidor público federal que almeja cargo público estadual de auferir seus rendimentos habituais, malferir sua dignidade (inciso III do art. 1º da CF/1988), pois obrigaria a parte impetrante a se submeter a desnecessário e árduo período de penúria no curso do procedimento (reduzindo — sem *discriminen* sustentável — suas chances de aprovação), o que sequer de longe se percebe ser a vontade da norma, que, se compreendida sob tal ótica, importaria — afinal — em compelir/constranger o servidor público federal a só ou preponderantemente participar de seleções federais, conclusão de viés arbitrário que resvala no bom-senso comum e, ainda, no evidente signo da liberdade (sadia) de que se reveste a República.

X. Priorizam-se o princípio constitucional da igualdade/isonomia (genericamente, e no âmbito da Administração Pública) e a *ratio essendi* do preceito em si, em detrimento da só literalidade formal da norma-regra, até por razões de federalismo cooperativo, não sendo legítimo (art. 19, III, da CF/1988) — frise-se — que a União, os estados-membros, o DF ou os municípios criem “distinções entre brasileiros ou preferências em si”.

XI. Tem-se — por derradeiro — que o STF (RG-RE 635.739/AL), que reconhece no concurso público o instrumento válido para seleção dos melhores e mais bem preparados candidatos (a final aprovação, posse e exercício da litigante bem o afirma), só legitima mecanismos de afunilamento/barreira (na participação/continuidade no certame) que atinem com “critérios objetivos relacionados ao desempenho meritório do candidato”.

XII. O balanceamento/ponderação dos valores em conflito (norma-regra x norma-princípio) milita em favor da impetrante, atraindo leitura constitucional ampliativa do preceito de lei controverso.

XIII. Há que se observar a doutrina de Alexandre de Moraes, ao discorrer sobre o princípio da igualdade, tendo “por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito [...]”.

XIV. Segurança concedida, prejudicado o agravo regimental.

(Mandado de Segurança 0058117-62.2013.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas, unânime, e-DJF1 de 04/07/2017, p. 9)

Processual Civil e Administrativo. Embargos infringentes ajuizados na vigência do CPC/1973. Servidor público federal. Demissão por desídia. Irregularidades formais. Má-fé não configurada. Incidência dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Direito a reintegração. Voto vencedor mantido.

I. Tratando-se de embargos infringentes ajuizados antes da vigência da Lei 13.105/2015 (novo CPC), deve-se observar a teoria do isolamento dos atos processuais (arts. 14 e 1.046 do novo CPC) enquanto desdobramento processual da garantia fundamental do ato jurídico perfeito (art. 5º, inciso XXXV, CF/1988). Nessa linha, o Fórum Permanente dos Processualistas Civis confeccionou o Enunciado 466: “A técnica do art. 942 não se aplica aos embargos infringentes pendentes ao tempo do início da vigência do CPC, cujo julgamento deverá ocorrer nos termos dos arts. 530 e seguintes do CPC de 1973”.

II. O Judiciário não pode se imiscuir no âmbito subjetivo do ato administrativo, não lhe cabendo a análise da conveniência e oportunidade do ato administrativo praticado. Entretanto, deve analisar seu caráter objetivo, auferindo sua legitimidade e legalidade e verificando os pressupostos que autorizam sua prática.

III. *In casu*, durante o processo administrativo disciplinar não houve prova específica quanto às condutas imputadas à servidora (agente administrativo classe “A” do INSS), quais sejam: a) faltas de caráter formal ao local de trabalho; b) a realização de pesquisas (no local) com a finalidade de comprovação pessoal; bem como a c) concessão de benefícios rurais baseados unicamente na pesquisa por ela empreendida. Por outro lado, a análise da vida pregressa da servidora e as dificuldades de atuação técnicas e gerenciais à época possibilitam a formação

de um contexto que enseja a aplicabilidade da ponderação do juízo com relação a pena de demissão. Outrossim, o conjunto probatório não é convergente no sentido de sua responsabilidade subjetiva, cuja dúvida milita em seu favor, eis que não há comprovação de má-fé, prejuízo aos cofres públicos e presunção de ilegitimidade/ilegalidade dos benefícios concedidos, conforme visitas para constatação da qualidade do segurado, mas tão somente conduta irregular em face de normas procedimentais internas do INSS, sendo desproporcional a pena de demissão em face dos fatos apurados.

IV. No que se refere ao princípio da proporcionalidade (art. 2º da Lei 9.784/1999) entende-se, no caso, como sendo dever da Administração, ao aplicar sanção disciplinar, proceder ao juízo de ponderação e aplicar a penalidade que seja razoável, de acordo com a natureza dos fatos e a gravidade da infração praticada, não podendo exorbitar na sua severidade, impondo-se sanção demasiada, desproporcional, a revelar injustiça e excesso na resposta da Administração ao ato praticado pelo servidor.

V. Assim, os fatos narrados no PAD e na Comissão de Inquérito que levaram à pena de demissão da embargada não podem ser vistos isoladamente, haja vista que merecem ponderação ante o contexto fático.

VI. Embargos infringentes não providos.

(Numeração única: 0011526-27.1999.4.01.3300, Embargos Infringentes 1999.33.00.011526-9/BA, rel. Des. Federal Carlos Augusto Pires Brandão, *unânime, e-DJF1* de 28/07/2017, p. 1.686)

Quarta Seção

Processual Civil. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Admissibilidade. Bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira. Presunção de suspeição de auditores fiscais no Carf.

I. Há *repetição* de processos com decisões divergentes na Seção Judiciária do DF acerca da impossibilidade de auditores fiscais/conselheiros participarem de julgamento de recursos administrativos no Carf em virtude do recebimento do “bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira” instituído pela Medida Provisória 765/2016.

II. Estão em curso em quase todas as varas federais cíveis da SJ/DF (1ª, 2ª, 3ª, 5ª, 6ª, 7ª, 9ª, 13ª, 15ª, 16ª, 20ª e 22ª) vários mandados de segurança com decisões divergentes acerca da mencionada questão de direito com valor total de R\$ 8.540.427.288,68. Está, portanto, atendido o primeiro requisito de admissibilidade do incidente nos termos do art. 976/I do CPC/2015.

III. Também existe o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (NCPC, art. 976/II). *“Além do volume de processos envolvendo a mesma questão de direito, o fato é que esta celeuma possui o condão de gerar incalculáveis prejuízos ao erário, na medida em que a tese a tese vindicada pelos contribuintes possui simplesmente o efeito de paralisar todo o contencioso tributário perante o Carf, o que acaba para paralisar a constituição definitiva de créditos tributários orçados na casa dos bilhões de reais”.*

IV. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) admitido.

(Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0008087-81.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Novély Vilanova, *unânime, e-DJF1* de 22/06/2017, p. 12)

Primeira Turma

Previdenciário. Processo Civil. Pensão por morte. Cônjuge/companheira. Primeiro pedido administrativo foi indeferido. Posterior reconhecimento de união estável, com efeitos ex tunc. Procedência do pedido. Cobrança de valores atrasados retroativos à data do óbito.

I. Trata-se de apelação interposta pela autora contra sentença que julgou improcedente o pedido de cobrança dos valores atrasados referentes à pensão por morte, desde a data do óbito do companheiro até 15 de maio de 2016. Para tanto, alega, em síntese, que faz jus ao recebimento dos valores descritos acima, desde a data do óbito do companheiro, em razão do primeiro indeferimento administrativo.

II. *In casu*, o primeiro pedido administrativo foi indeferido por motivo de ausência de comprovação da união estável. Diante disso, a autora propôs Ação de Reconhecimento de União Estável (11.004.669-0, 1ª Vara da Comarca de Machado – TJMG), obtendo o resultado pretendido.

III. Os documentos de fls. 10-13, a certidão de óbito de fl. 14 e a ausência de contestação/irresignação quanto à qualidade de segurado que o falecido ostentava comprovaram que ele possuía vínculo com o Regime Geral de Previdência Social, nos termos da legislação de regência da matéria.

IV. Tendo o ex-segurado falecido na vigência da Lei 9.528/1997, que alterou a redação originária do art. 74 da Lei 8.213/1991, o termo inicial do benefício deve ser a data do óbito, quando requerido até 30 (trinta) dias depois deste; do requerimento administrativo, quando requerido após o decurso do prazo previsto anteriormente, observada a prescrição quinquenal, e, na sua ausência, a partir do ajuizamento da ação, vedada, entretanto, a *reformatio in pejus*.

V. Tendo em vista que a data do óbito do falecido se deu em 15/05/2011 e a autora protocolou o pedido de pensão por morte em 30/05/2011, 15 dias depois, é forçoso reconhecer o direito ao recebimento dos valores atrasados, pois na data do indeferimento administrativo, a requerente já era considerada companheira por força da decisão declaratória retroativa da sentença na ação de declaração de união estável.

VI. Nesse sentido, não merece prosperar a fundamentação da sentença quanto à não comprovação da união estável pela ausência de documentos suficientes à comprovação do seu direito no primeiro pedido administrativo, pois o reconhecimento da união estável possui efeitos retroativos (*ex tunc*), vale dizer, foi reconhecida na sentença da ação declaratória citada anteriormente a união estável no período de AGO/2001 até a data do falecimento do companheiro.

VII. Desta forma, tendo a parte-autora preenchido os requisitos da Lei 8.213/1991, faz jus aos valores retroativos relativos benefício de pensão por morte.

VIII. Honorários advocatícios devidos no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa corrigido até a prolação da sentença, nos termos do enunciado da Súmula 111 do STJ. 10. “Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC” (Enunciado Administrativo STJ 7). Do contrário, fica mantida a sucumbência em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a prolação da sentença (Súmula 111/STJ), suspensão a exigibilidade nos termos do art. 12 da Lei 1.060/1950.

IX. Juros e correção monetária nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

X. Apelação da autora a que se dá provimento.

(Apelação Cível 0071358-49.2016.4.01.9199/MG, rel. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas, unânime, e-DJF1 de 21/06/2017, p. 977)

Administrativo. Servidor público. Avaliação de desempenho em estágio probatório considerada insatisfatória. Reconhecimento de equívocos cometidos por parte da comissão de avaliação. Inobservância de formalidades legais. Ação judicial de anulação da avaliação. Pedido julgado procedente. Reintegração após o transcurso de mais de nove anos. Dano moral configurado. Dever de indenizar. Inversão do ônus da sucumbência.

I. Pretensão de indenização por danos morais em face de exoneração do serviço público de servidor ocupante do cargo de servente de obras da Escola Agrotécnica Federal de Manaus, em 20/01/1997 e posterior reintegração ocorrida mediante a procedência da ação autuada sob o número 1997.32.00.0025898-5, que tramitou perante a 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amazonas, anulando a avaliação de desempenho em estágio probatório ante o reconhecimento de equívocos cometidos por parte da comissão e a inobservância das devidas formalidades legais.

II. “Em se tratando de exoneração de servidor público que se encontra em estágio probatório, não se apresenta necessário prévio processo administrativo disciplinar. No entanto, devem-lhe ser assegurados os princípios da ampla defesa e do contraditório”. (STJ - RMS: 24602 MG 2007/0160151-6, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, data de julgamento: 11/09/2008, T5 - Quinta Turma, data de publicação: *DJe* 1º/12/2008.)

III. Comprovação nos autos de que o desligamento se deu de forma sumária sem qualquer justificativa ou demonstração de fatos graves apurados em procedimento administrativo próprio, conforme demonstra a cópia da ação ordinária em que foi julgado procedente o pedido de anulação da avaliação de desempenho do autor e o consequente direito à reintegração.

IV. Reconhecida a ilegalidade da dispensa, tal fato, certamente, trouxe implicações em sua vida particular, visto que entre a exoneração e a reintegração transcorreram mais de 9 (nove) anos, não havendo como negar a existência do dano moral.

V. As condutas capazes de ensejar a indenização por dano moral transcendem o mero dissabor do cotidiano, observando-se somente nas hipóteses em que resta efetivamente rompido o equilíbrio psicológico de quem sofreu a conduta reputada lesiva. No caso *sub examen*, está configurado o dano moral, tendo em vista que o autor foi exonerado, ficando desprovido de sua fonte de sustento e privado de seus salários, impedindo-o de honrar seus compromissos e manter a sua qualidade de vida, dentre outros fatores. Reforça ainda a caracterização do dano a humilhação sofrida ante a avaliação desabonadora de sua conduta como servidor e a dispensa do serviço público por desempenho insatisfatório, tanto mais quando as conclusões da comissão que o avaliou não se fundaram em fatos demonstrados e foram divergentes do que foi assentado nas avaliações anteriores e nas provas testemunhais constantes da ação ordinária que serve de prova nestes autos, deixando-o indelevelmente marcado com a pecha de desqualificado, com pouca chance de reverter a seu favor a opinião negativa certamente formada.

VI. Considerando que o desligamento do autor ocorrera sem a observância das formalidades legais e por equívocos cometidos na sua avaliação de desempenho, o que lhe suprimiu o direito de permanecer com o vínculo conquistado após concurso público, demonstrando arbitrariedade por parte da Administração, deve ser reconhecido ao autor o direito à indenização, visto haver nexo causal entre os fatos institucionais e o dano moral reclamado.

VII. Apelação da parte-autora provida.

VIII. Tendo em vista a natureza do dano causado, a finalidade pedagógico-punitiva da indenização e a vedação ao enriquecimento sem causa da parte-autora, fixa-se a indenização pelos danos morais em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Invertido o ônus da sucumbência.

(Apelação Cível 0001650- 13.2006.4.01.3200/AM, rel. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas, unânime, *e-DJF1* de 21/06/2017, p. 85)

Processual Civil. Ação civil pública. Benefício assistencial (Loas). Cancelamento irregular. Necessidade de avaliação socioeconômica recente e observância do devido processo legal. Legitimidade ativa do MPF. Ilegitimidade ativa da União. Adequação da via eleita.

I. O cerne da questão posta nos autos consiste em se verificar a legalidade do procedimento administrativo adotado pelo INSS, para revisão de benefícios de assistência social (Loas) em manutenção no País, mas, especificamente, nos Municípios de Valença do Piauí e Cristino Castro, ambas no Estado do Piauí.

II. Alega o Ministério Público que a autarquia previdenciária tem se valido de servidores despreparados para a análise dos benefícios em questão, que têm sido cancelados, com base em avaliações sociais realizadas anos antes, e sem a observância do direito de defesa dos segurados.

III. O direito discutido nos autos é individual homogêneo, indisponível (relacionado à vida, dignidade e à saúde) e socialmente relevante, o que legitima o Ministério Público a propor a presente ação civil pública. Precedentes. Assim, a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* e, pelos mesmos motivos, a de inadequação da via eleita não merecem acolhimento.

IV. Nesse contexto, superadas essas questões preliminares, a sentença merece reforma, dando-se prosseguimento ao julgamento da demanda, tendo em vista que o feito encontra-se maduro para tanto (NCPC, art. 1.013, § 3º, I).

V. A União é a responsável pelo custeio do benefício de prestação continuada — Loas. No entanto, cabe ao INSS a operacionalização do seu pagamento, nos termos do art. 29, parágrafo único, da Lei 8.742/1993. Portanto, apenas a autarquia previdenciária deve integrar o polo passivo desta demanda.

VI. A realização de revisão periódica dos benefícios em questão está determinada na Lei 8.742/1993, devendo cessar o pagamento do benefício, caso não persistam as condições que autorizaram a sua concessão e mediante prévio procedimento administrativo, em que se garanta ao beneficiário a ampla defesa e o contraditório, em obediência a preceito constitucional.

VII. As declarações prestadas por servidores do INSS confirmam que nos dois municípios citados, em especial no de Valença do Piauí, o INSS tem atuado, de forma precária, quanto à revisão periódica dos benefícios de Loas, em total descumprimento aos mais comezinhos princípios constitucionais, deixando de se valer de laudos socioeconômicos contemporâneos à suspensão dos benefícios e sem a comunicação válida dos beneficiários, que, por muitas vezes, encontram-se em situação de vulnerabilidade decorrente de incapacidade física e/ou mental, hipossuficiência e baixo nível de escolaridade, o que os impede de se manifestem em defesa de seus direitos. Tal procedimento afigura-se completamente irregular, com afronta à garantia constitucional do devido processo legal, impondo, inclusive, a anulação dos respectivos procedimentos.

VIII. Por outro lado, o MPF demonstrou a ocorrência de irregularidades tão somente com relação a benefícios mantidos nos citados municípios, não havendo como se presumir, por mais que isso seja provável, que tais circunstâncias se repitam em todo o País. Ademais, não há elementos suficientes nos autos que permitam individualizar os casos em que a conduta dos agentes do INSS realmente resultaram em cancelamento indevido de benefício, com ofensa ao princípio da ampla defesa.

IX. Por fim, o tempo decorrido desde a propositura da ação (há mais de doze anos) recomenda cautela redobrada na análise dos pedidos veiculados na inicial, cujo deferimento levariam à anulação indiscriminada de todos os procedimentos de cancelamento ocorridos nos municípios já citados, incluindo-se, aí, aqueles que se processaram de forma legal e regular.

X. Apelação parcialmente provida, para reformar a sentença e julgar procedente, em parte, o pedido do Ministério Público Federal, apenas para determinar ao INSS que proceda à reanálise dos cancelamentos dos benefícios assistenciais promovidos nos Municípios de Valença do Piauí e de Cristino Castro, ambos do Estado do Piauí, sob o fundamento de renda *per capita* não inferior a ¼ do salário-mínimo, anulando os procedimentos que não se basearam em avaliação social contemporânea aos cancelamentos, observado os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, inclusive no que se refere às comunicações dos atos ali praticados aos prejudicados, aos quais devem ser fornecidas as cópias necessárias ao exercício de seu direito de defesa e prazo para recurso, na forma da lei. Fica dispensada a revisão administrativa dos casos já restabelecidos judicial e/ou administrativamente, bem como daqueles já acobertados pela coisa julgada.

(Apelação Cível 0000327- 66.2004.4.01.4000/PI, rel. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas, unânime, e-DJF1 de 05/07/2017, p. 1.155)

Administrativo. Militar. Promoção. Quadro Feminino de Graduados (QFG). Inexistência de violação ao princípio da isonomia. Carreiras distintas. Lei 6.924/1981 e Decreto 86.325/1981. Prescrição. Sentença mantida.

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. O Quadro Feminino de Graduados (QFG) foi criado pela Lei 6.924/1981, regulamentada pelo Decreto 86.325/1981, com regras próprias de acesso a postos e graduações.

III. O Corpo de Pessoal Graduado da Aeronáutica é regido pelo Decreto 86.289/1981 e pelo Decreto 881/1993, que estabelecem diversas condições de acesso às graduações seguintes nos respectivos quadros.

IV. Não há falar em violação ao princípio da isonomia se para promoção de militares integrantes de diferentes quadros, como sucede com o Quadro Feminino, se observam regras também específicas, pois esse princípio pressupõe que os interessados se encontrem na mesma posição jurídica e que, por isso, sejam destinatários de igual tratamento jurídico, não se exigindo, para sua realização, que se adote idêntica disciplina normativa a militares integrantes de quadros instituídos por diversidade de gênero.

V. Prescrição do fundo de direito que se afasta, julgando-se, porém, improcedente o pedido.

VI. Apelação dos autores desprovida.

(Numeração única: 0034878-90.2004.4.01.3800, Apelação Cível 2004.38.00.035052-7/MG, rel. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira, unânime, e-DJF1 de 26/07/2017, p. 16)

Constitucional. Processual civil. Administrativo. Servidor público. Gratificação. Ativos x inativos/pensionistas. Paridade. Isonomia. Natureza da vantagem: genérica/indistinta x propter laborem – STF, STJ e TRF1.

I. Trata-se de feito em que se pretende a extensão à parte-autora (servidor público inativo ou pensionista), nos mesmos moldes/critérios aplicados ao pessoal da ativa, da percepção de gratificação funcional pecuniária por desempenho, produção ou expressão congênera (ou sua majoração).

II. A prescrição, do tipo quinquenal (Decreto 20.910/1932), regula-se pelo comando da Súmula 85 do STJ: nas relações de trato sucessivo "quando não tiver sido negado o próprio direito [...], a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação".

III. Têm direito à paridade remuneratória só os servidores inativos que cumpriram os requisitos para a aposentadoria antes da vigência da EC 41/2003, ou que se enquadram nas regras de transição da EC 47/2005; em consequência, gozam do direito à extensão de vantagens de natureza genérica deferidas ao corpo funcional ativo.

IV. Se determinada gratificação funcional é instituída por lei específica, que então expressamente a limitou, em tese, aos servidores públicos em atividade (conforme índices de desempenho, produtividade, eficiência ou termo similar), ou estabeleceu distintos métodos de cálculo entre tais grupos (ativos/inativos), decorre a compreensão primeira de que se trataria de gratificação (premio) *pro labore faciendo* ou *propter laborem*, não de aumento/reajuste geral da remuneração em si, não sendo dito bônus, portanto, passível de tratamento paritário.

V. Se, porém, entre a lei instituidora da vantagem pecuniária (ou do melhor critério de definição) em prol do pessoal da ativa e o respectivo ato infralegal (resolução, portaria, instrução) que, efetivamente, concretizaria/implementaria os critérios de cálculo da gratificação em si, adveio ou [a] a revogação da lei sem o seu advento ou [b] prazo elástico até sua final edição (longos meses ou anos), tem-se por razoável concluir que, em tal interregno (entre "a edição da lei e sua revogação sem regulamento", ou "entre as publicações da lei e da norma regulamentadora"), a gratificação, em citadas hipóteses e períodos, assume transitoriamente o perfil/valor de remuneração genérica/indistinta, e, assim, de compulsório gozo também pelos servidores ativos e aposentados e seus pensionistas, que fazem jus às correspondentes diferenças, respeitada a prescrição.

VI. Ressalte-se que, havendo lei e regulamento em vigor, conferindo legítimo tratamento dispare entre ativos e inativos (invocando "discriminem" relativo a eficiência, produtividade, desempenho), a eventual ulterior alteração pontual nos métodos ou critérios então estatuídos não configura quebra do caráter *pro labore faciendo* da eventual gratificação pecuniária (*inter plures*: STJ, AgRg-AREsp 489.089/MG).

VII. Do mesmo modo, se, embora regularmente editadas/publicadas a lei e o respectivo regulamento prevendo e discriminando gratificação típica de servidores ativos, enquanto não concretizada, todavia, a necessária correlata avaliação/aferição, prevalecem o perfil genérico e indistinto da vantagem.

VIII. A 1ª Turma do TRF1 (AC 0009406-77.2010.4.01.3800/DF) entende que “A gratificação paga generalizadamente aos servidores ativos deve ser estendida aos servidores inativos e pensionistas no mesmo percentual pago aos primeiros [...]”.

IX. Contextualize-se (2ª Turma do STJ, no AgInt-REsp 1.600.468/RN): “Apenas em ‘*obiter dictum*’, anote-se que o STF e o STJ já se manifestaram pela inexistência de qualquer mácula no tratamento diferenciado entre ativos e inativos, em relação à vantagem *propter laborem* ou *pro labore faciendo*, razão pela qual se mostra possível a implementação de gratificação que estabeleça valores diferenciados para servidores em atividade e para os aposentados e pensionistas, não havendo inconstitucionalidade na quebra da paridade em tais casos.”

X. Contudo (2ª Turma do STJ, no REsp 1.619.394/SC): “[...] as gratificações de desempenho, ainda que possuam caráter *pro labore faciendo*, se forem pagas indistintamente a todos os servidores da ativa, no mesmo percentual, convertem-se em gratificação de natureza genérica, extensíveis, desta maneira, a todos os aposentados e pensionistas.”

XI. O STF (AgR-RE 954.644/SC) aponta que a extensão da gratificação funcional que ostenta viés *propter laborem*, quando porventura extensível aos inativos/pensionistas, só o é provisoriamente, até que, advindo norma válida (lei/regulamento) ela perca sua característica de benefício genérico ou indistinto: “[...] o direito de extensão aos inativos e pensionista da vantagem não ocorre ‘*ad aeternum*’, uma vez que é válida a limitação temporal com a efetiva ocorrência da primeira avaliação de desempenho dos servidores ativos, momento em que a gratificação deixa de possuir caráter genérico.”

XII. Quanto a custas e honorários advocatícios, se aqui reformada/revertida a sentença, tem-se pela inversão dos ônus sucumbenciais nela previstos. Dessa forma, considerando-se a natureza da matéria discutida em juízo, bem como o trabalho despendido pelo advogado da parte-autora, os honorários advocatícios são devidos em 5% sobre o valor da condenação. Por outro lado, a confirmação da sentença importa abonar-se o tratamento por ela deferido no ponto. O § 11 do art. 85 do CPC/2015 só se aplica aos recursos interpostos contra decisões judiciais proferidas de 18/MAR/2016 em diante. Em MS não cabe condenação em verba honorária.

XIII. Apelação não provida.

(Apelação Cível 0012909-25.2008.4.01.3300/BA, rel. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas, unânime, e-DJF1 de 19/07/2017, p. 550)

Agravo de instrumento. Servidor público. Redução da jornada de trabalho sem compensação de horário. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Status de direito fundamental. Art. 5º, § 3º, da Constituição. Filho deficiente. Autismo. Art. 98, §§ 2º e 3º, da Lei 8.112/1990. Agravo desprovido.

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. Trata-se de caso de servidor público federal cujo filho, menor de idade, é portador de deficiência (síndrome de West), por isso requer a redução da sua jornada de trabalho de 40 (quarenta) para 20 (vinte) horas semanais, sem a necessidade de compensação.

III. O Brasil ratificou, em 1º/08/2008, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em 30/03/2007 e promulgada por meio do Decreto 6.949/2009. Trata-se do primeiro tratado internacional de direitos humanos aprovado com força de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição, com redação dada pela EC 45/2004, o que dá aos direitos previstos na convenção *status* de direitos fundamentais.

IV. Prevê a convenção, em seu art. 7º, em relação às crianças com deficiência, que os Estados partes *deverão tomar todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças.*

V. Em consonância com o entendimento firmado na jurisprudência, foi editada a Lei 13.370, de 12/12/2016, dando nova redação ao § 3º do art. 98 da Lei 8.112/1990, para estender o direito a horário especial ao servidor público federal que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência de qualquer natureza, revogando a exigência de compensação de horário.

VI. Nos termos do art. 19 da Lei 8.112/1990, o servidor cumprirá jornada máxima de 40 (quarenta) horas semanais, de modo que se afigura razoável a fixação ao servidor beneficiário do favor legal de jornada semanal de 20 (vinte) horas, pois não há previsão em lei de nenhum critério para o estabelecimento dessa jornada, atuando-se, aqui, segundo critério de proporcionalidade e necessidade.

VII. Agravo de instrumento desprovido.

(Agravo de Instrumento 0029752-90.2016.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira, unânime, julgado em 02/08/2017)

Segunda Turma

Previdenciário e Processual Civil. Restabelecimento de benefício de amparo social à criança portadora de deficiência em situação de risco social. Art. 203, V, CF/1988. Lei 8.742/1993. Requisitos preenchidos. Implantação do benefício.

I. A sentença sob censura, proferida sob a égide do CPC/2015, não está sujeita à remessa oficial, tendo em vista que a condenação nela imposta não ultrapassa o limite previsto no art. 496, § 3º, do referido diploma adjetivo.

II. Nos termos do § 2º do art. 20 da Lei 8.742/1993, para concessão do benefício “considera-se 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”.

III. No caso, o autor é menor e está submetido a impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial que afetam a sua participação plena na vida em sociedade. Trata-se de limitações pessoais que dificultam diretamente a sua integração social e o desempenho de atividades compatíveis com sua idade, implicando, ainda, em ônus econômicos excepcionais à sua família, de quem exige maior atenção, gastos e dedicação, tanto que a genitora dedica-se exclusivamente aos seus cuidados.

IV. Na mesma toada, o laudo socioeconômico e/ou prova testemunhal confirma(m) a condição de miserabilidade justificadora do deferimento do benefício assistencial em exame.

V. No julgamento dos REs 567985 e 580963 e da Reclamação 4374, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, no que se refere à exigência de que a renda *per capita* da família seja inferior a ¼ do salário-mínimo.

VI. Considerando a nova sistemática instituída pelo novo Codex de Direito Adjetivo Civil e porque ilíquido o provimento judicial auferido, os honorários advocatícios serão fixados somente quando da liquidação do julgado, conforme as faixas e percentuais previstos nos incisos do § 3º do art. 85, observada a limitação contida na Súmula 111/STJ.

VII. Apelação do INSS não provida.

(Apelação Cível 0000383-65.2017.4.01.9199/MG, rel. Des. Federal Francisco Neves da Cunha, unânime, e-DJF1 de 12/06/2017, p. 513)

Constitucional e Administrativo. Pensão por morte de servidor público federal. Concubinato com posterior morte da primeira esposa possibilita a configuração de união estável. Relação de companheirismo sustentada pela enteada do instituidor do benefício não comprovada. Correção monetária. Juros de mora. Honorários de sucumbência.

I. O cerne da controvérsia está em decidir se a autora (1ª apelada) mantinha convivência *more uxorio* com o servidor público federal falecido e, ainda, se essa relação implicava dependência econômica, para fins de concessão de pensão por morte.

II. A jurisprudência majoritária do e. Superior Tribunal de Justiça perfilha entendimento no sentido de que eventual impedimento para o matrimônio, por parte de um dos cônjuges, obsta a constituição da união estável. Contudo, no caso não remanesce óbice, sobretudo pelo fato de que a primeira esposa do ex-servidor falecera aproximadamente dez anos antes do instituidor do benefício.

III. A relação de companheirismo não se presume e muito menos a dependência econômica. Ambas estão sujeitas à produção de provas irrefutáveis mais notadamente quando se destina a invadir esfera de interesse de terceira pessoa, no caso, representada pelos cofres públicos, uma vez que o objeto útil deste feito é a obtenção do direito à pensão por morte de servidor a ser assumida, por prazo indeterminado, em desfavor da União.

IV. A parte-autora colacionou aos autos as provas que entende irrefutáveis do quanto alega: a) certidão de nascimento de filhos em comum com o falecido (fls. 16-17); b) carteirinha de associados do Clube Recreativo dos Servidores Civis da EPCAR (fl. 19) e c) sentença proferida pelo Juízo da Comarca de Barbacena/MG, em que os próprios filhos do primeiro casamento reconheceram a união estável.

V. A prova testemunhal produzida confirma que a autora, de fato, teve dois filhos em comum com instituidor do benefício, mantendo união estável, sendo visto o casal por diversas vezes realizando compras.

VI. Por estar suficientemente demonstrada a relação de dependência econômica e afetiva, bem como a constituição de unidade familiar, a autora é destinatária do regramento previsto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal/1988, bem como do benefício previsto no art. 217 da Lei 8.112/1990, com relação ao ex-servidor, conforme reconhecido pela sentença recorrida.

VII. A apelante (enteada do ex-servidor) afirma que, após o enviuvamento do padraço, passou a manter com ele união estável, até a data do falecimento do instituidor do benefício. Os documentos e os depoimentos coligidos aos autos não se coadunam com a tese sustentada, principalmente pelo fato de que nos assentamentos funcionais sempre figurava ela como enteada do ex-servidor.

VIII. Apesar de haver narrativa de algumas testemunhas apontando que presenciaram o ex-servidor com a enteada, tal fato, por si só, não tem o condão de comprovar que, no caso, havia entre os dois um relacionamento amoroso, mormente em razão do vínculo familiar anterior entre os dois, sendo comum a mútua assistência, o que afasta a *affectio maritalis*, no presente caso.

IX. Juros de mora e a correção monetária, conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

X. Apelação improvida. Remessa oficial provida, em parte, nos termos do item 9.

(Numeração única: 0011151-39.2003.4.01.3800, Apelação/Reexame Necessário 2003.38.00.011137-6/MG, rel. Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado), e-DJF1 de 29/06/2017, p. 1.522)

Administrativo. Processual Civil. Pensão estatutária. Cônjuge supérstite. Separação de fato. Ausência de convivência more uxorio. Ação de divórcio litigioso transitada em julgado antes do óbito. Cessaçãõ da dependência econômica presumida. Ausência do direito a alimentos. Inexistência do direito ao benefício. Cancelamento devido. Não ocorrência de danos morais indenizáveis.

I. A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, acompanhada por esta Corte Regional, firmou-se no sentido de que o cônjuge separado de fato, ao qual não foi conferido o direito de receber alimentos, faz jus à pensão por morte somente se comprovar a dependência econômica superveniente, eis que a presunção desta cessa com a separação, seja judicial ou de fato, ou com o divórcio.

II. Hipótese em que do conjunto probatório trazido aos autos é possível extrair que a autora casou-se com o instituidor da pensão em 18/10/1996, sendo proposta ação de divórcio litigioso pelo cônjuge varão em agosto de 2002, que foi julgada procedente por sentença proferida pelo Juízo Estadual da 2ª Vara de Família de Juiz de Fora/

MG em 23/04/2004 — tendo em vista o reconhecimento da inexistência de convivência *more uxorio* entre o casal e de ser a filha do *de cuius* quem lhe prestava a assistência necessária, configurando o descumprimento do dever de mútua assistência pela autora —, o que foi mantido em grau de recurso por acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais proferido em 12/05/2005, sendo negado seguimento ao recurso especial interposto pela vencida em decisão de 14/09/2005, publicada em 23/09/2005, cujo trânsito em julgado ocorreu em 05/10/2005, com o escoamento do prazo recursal para a parte interessada recorrer daquela decisão denegatória de seguimento — em que pese tenha sido certificado nos autos apenas em 20/10/2005.

III. Diante desta situação fática, é forçoso reconhecer que é primordial, na espécie, a comprovação da dependência econômica superveniente da autora com o instituidor da pensão, à luz da orientação jurisprudencial adrede mencionada, para haver direito ao pensionamento, isso porque restou comprovada a separação de fato do casal anteriormente à ação judicial postulando o divórcio, dado nunca terem vivido sob o mesmo teto; e que o divórcio deles foi decretado de forma direta — o que pressupõe o decurso de prazo superior a 2 (dois) anos da separação de fato, prazo no qual, portanto, deixou de haver a presunção de dependência econômica entre eles — em 05/10/2005, antes, portanto, da data do óbito do instituidor do benefício, ocorrido em 08/10/2005.

IV. Considerando que não houve determinação, por ocasião do divórcio, do direito da autora de perceber pensão alimentícia do seu ex-marido, não é possível conceder-lhe o direito à pensão por morte com fulcro no art. 217, I, alínea b, da Lei 8.112/1990, na redação vigente ao tempo do óbito, não logrando ela, ainda, se desincumbir do ônus de comprovar que dependia economicamente do falecido mesmo após o divórcio, eis que a prova testemunhal presente nos autos não foi harmônica e coerente neste sentido, ficando evidenciado, ao contrário, que houve eventual e esporádica ajuda dele para a autora, o que não caracteriza a dependência econômica necessária, mormente se considerado o fato de o casal nunca ter vivido sob o mesmo teto, conforme restou reconhecido na ação de divórcio.

V. Não havendo qualquer mácula no ato de cancelamento do benefício de pensão por morte percebido pela autora, não há que se falar em indenização por danos morais em decorrência da suspensão dos pagamentos, até porque tal procedimento decorreu do exercício do poder de autotutela da Administração militar ao tomar ciência da averbação do divórcio na certidão de casamento, o que acarretou ilegalidade do ato concessório do benefício.

VI. Apelação desprovida.

(Numeração única: 0002985-39.2008.4.01.3801, Apelação Cível 2008.38.01.002992-6/MG, rel. Des. Federal João Luiz de Sousa, unânime, e-DJF1 de 27/07/2017, p. 378)

Constitucional e Administrativo. Servidor público inativo/pensionista. Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa – GDATA. Lei 10.404/2002. Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa e de Suporte – GDPGTAS. Lei 11.357/2006. Pensionista optante pela pensão especial de ex-ferroviário em 17/03/2009. Lei 8.186/1991. Gratificação de Desempenho do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo – GDPGPE. Lei 11.784/2008. Aposentados e pensionistas. extensão. Limitação temporal. Homologação do resultado do primeiro ciclo de avaliação. Jurisprudência do e. STF em sede de repercussão geral. Portaria 2.592, de 29/10/2010, do Ministério do Trabalho. Correção monetária. Juros de mora. Honorários de advogado. Prescrição.

I. Sentença proferida na vigência do CPC anterior: sendo de valor incerto a condenação contida no comando sentencial e na hipótese de não ter sido determinado o reexame necessário, deve-se conhecer da remessa oficial por interposta, porquanto inaplicável a regra inserta no § 2º do art. 475 do CPC então vigente.

II. A prescrição atinge as prestações anteriores ao quinquênio que antecedeu o ajuizamento da ação, nos termos do enunciado da Súmula 85 do STJ.

III. A autora é beneficiária de pensão decorrente do falecimento de ex-ferroviário ocorrido em 09/03/1990, tendo optado inicialmente pela pensão previdenciária complementada à conta do Tesouro Nacional e, somente em 17/03/2009, é que formalizou o termo de opção previsto na Lei 8.186/1991, para receber os proventos de

pensão junto ao Ministério dos Transportes. De consequência, ela somente faz jus à percepção da gratificação de desempenho a contar da data de opção pela pensão estatutária.

IV. A GDATA foi devida a partir de 1º/02/2002 até a sua extinção em 1º/07/2006 pela MP 304/2006, convertida na Lei 11.357/2006, a qual foi sucedida pela GDPGTAS, que vigorou até 31/12/2008, tendo em vista a sua supressão pela MP 431/2008, convertida na Lei 11.784/2008. A partir de 1º de janeiro de 2009, foi instituída a GDPGPE, devida aos titulares dos cargos de provimento efetivo de níveis superior, intermediário e auxiliar do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo.

V. Considerando que a GDATA foi paga até 1º/07/2006 e a GDPGTAS até 31/12/2008 e que a autora somente optou pelo regime de pensionistas dos servidores federais das extintas ferrovias em 17/03/2009, ela não faz jus ao recebimento das aludidas gratificações.

VI. A Gratificação de Desempenho do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo – GDPGPE, instituída pela Lei 11.784/2008, deve ser estendida aos inativos e pensionistas em condições idênticas àquelas adotadas para os servidores ativos, enquanto não forem concluídos os procedimentos de aferição de desempenho dos servidores em atividade.

VII. O Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral (RE 662.406/AL), decidiu, em hipótese semelhante com relação à Gratificação de Desempenho de Atividade Técnica de Fiscalização Agropecuária (GDAFTA), que o marco temporal para o pagamento diferenciado de gratificação de desempenho a servidores ativos e inativos é a data da homologação do resultado das avaliações, após a conclusão do primeiro ciclo de avaliações, não podendo retroagir os efeitos financeiros a data anterior.

VIII. A GDPGPE deve ser paga aos servidores inativos e pensionistas nos mesmos parâmetros estabelecidos para os servidores ativos até que sejam efetivadas as avaliações que considerem as condições específicas de exercício profissional, pois a partir da conclusão do 1º ciclo de avaliação de desempenho dos servidores ativos a vantagem pecuniária perde o seu caráter de gratificação genérica e passa a adotar a natureza *pro labore faciendo*, não mais existindo desde então o direito dos servidores inativos e pensionistas à percepção da gratificação nos valores pagos aos servidores em atividade.

IX. Não há que se falar em manutenção do quantitativo de pontos entre servidores ativos e inativos, assegurando-lhes apenas tratamento equivalente de vencimentos e vantagens enquanto se tratar de verba de caráter genérico e impessoal, não associada ao exercício efetivo da função, pois, consoante reiteradamente decidido pelo egrégio STF, existindo diferenciação entre servidores, diretamente relacionada à efetiva participação no trabalho, em prol da arrecadação e resultados de fiscalização, e, desde que devidamente regulamentado o modo de aferição de desempenho, resta justificável a percepção diferenciada de gratificações.

X. O fim da paridade no pagamento da GDPGPE a servidores ativos e inativos, após a homologação do resultado das avaliações com a conclusão do primeiro ciclo de avaliações, não importa em ofensa à irredutibilidade de vencimentos, considerando que a partir de então a gratificação passa a ser devida em razão do desempenho dos servidores ativos, perdendo seu caráter de generalidade.

XI. A Portaria/Ministério do Trabalho 2.592, de 29/10/2010, homologou os resultados das avaliações de desempenho relativos ao 1º ciclo de avaliações da GDPGPE no âmbito daquele órgão e, a partir daquela data, a parte-autora não faz jus à percepção da aludida gratificação em paridade com os servidores em atividade.

XII. Como a parte-autora somente optou pela pensão especial de ex-ferroviários, nos termos da Lei 8.186/1991, em 17/03/2009, ela faz jus à percepção da GDPGPE, em paridade com os servidores ativos, desde aquela data (17/03/2009) até 29/10/2010 (data da homologação do resultado do 1º ciclo de avaliação de desempenho dos servidores ativos).

XIII. Correção monetária e juros de mora segundo o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

XIV. Honorários de advogado, a cargo da ré, fixados no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, na esteira da jurisprudência da Corte.

XV. Apelação da parte-ré e remessa oficial parcialmente providas, nos termos do item XIII. Apelação da parte-autora parcialmente provida, nos termos do item XIV.

(Apelação Cível 0000721-77.2011.4.01.3305/BA, rel. Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado), unânime, e-DJF1 de 27/07/2017, p. 389)

Administrativo. Constitucional. Servidora pública. Pensão por morte. Companheiro. Comprovação da existência da entidade familiar. Art. 226, § 3º, da CF/1988. Desnecessidade de designação prévia. Direito de preferência em relação aos genitores. Art. 217 e § 1º da Lei 8.112/1990, na redação vigente ao tempo do óbito. Termo inicial. Consectários legais.

I. Esta Corte Regional já teve a oportunidade de decidir que “a exigência da comprovação de dependência econômica para a habilitação da companheira à pensão por morte ofende o preceito constitucional da garantia à proteção estatal à união estável (art. 226, § 3º, da CF/1988), que equiparou a companheira ao cônjuge, para fins de benefício previdenciário” (AC 0023623-54.2002.4.01.3300/BA, rel. Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas, Primeira Turma, e-DJF1 de 09/12/2016). Em consequência, na espécie, não sendo admissível a prova em contrário da dependência econômica do companheiro da instituidora do benefício, eis que equiparado ao cônjuge pela norma constitucional, não há razão para a realização de prova testemunhal para fins de afastar tal presunção, sendo desnecessária, ainda, a sua realização com o intuito de comprovar tal dependência em relação aos pais, eis que estes só fazem jus à pensão por morte se não existir cônjuge/companheiro do *de cujus*, conforme disciplinado no § 1º do art. 217 da Lei 8.112/1990, na redação vigente ao tempo do óbito. Agravo retido desprovido.

II. A condição de companheiro ou companheira para fins de percepção de benefício previdenciário pressupõe a existência de união estável entre homem e mulher como entidade familiar, consoante disposto no art. 226, § 3º, da CF/1988, assim entendida como a convivência duradoura, pública e continuada entre eles, com o intuito de constituição de família, não havendo, na espécie, discussão da existência de união estável entre o autor e a instituidora da pensão, até porque tal matéria já foi objeto de decisão judicial transitada em julgado nos autos da Ação Declaratória 1.0024.03.983059-1, cujo acórdão foi publicado em 1º/07/2005 e da qual foram partes os pais da falecida.

III. O art. 217 da Lei 8.112/1990, ao regular a pensão por morte no regime estatutário, estipulou como dependentes do servidor com direito a serem considerados beneficiários de pensão vitalícia, na redação vigente ao tempo do óbito: a) o cônjuge; b) a pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada, com percepção de pensão alimentícia; c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar; d) a mãe e o pai, que comprovem dependência econômica do servidor; e e) a pessoa designada, maior de 60 (sessenta) anos e a pessoa portadora de deficiência, que vivam sob a dependência econômica do servidor.

IV. A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a companheira faz jus ao recebimento de pensão por morte de servidor público falecido, independentemente de designação dela como dependente em cadastro junto ao órgão pagador, desde que não haja impedimento para a conversão da união estável em casamento, dado ter sido tal união erigida, constitucionalmente, à condição de entidade familiar, o que afasta, portanto, a necessidade de comprovação da dependência econômica.

V. Hipótese em que, do conjunto probatório trazido aos autos, é possível extrair que o autor manteve união estável e viveu maritalmente com a *de cujus*, conforme decisão judicial transitada em julgado, não havendo óbice à percepção da pensão por morte pelo companheiro, eis que a dependência econômica entre eles é presumida como se cônjuge fosse e independe de prévia designação nos assentos funcionais da servidora, razão pela qual, com fulcro no art. 217, § 1º, da Lei 8.112/1990, vigente à data do óbito da instituidora do benefício, resta excluído o direito da mãe e do pai, ainda que comprovada a dependência econômica deles para com o servidor falecido, de continuarem percebendo o mesmo benefício.

VI. O fato de os genitores da falecida servidora dependerem economicamente dela não tem o condão de afastar o direito de preferência do cônjuge ou companheiro na percepção da pensão por morte, eis que tal preferência decorre da própria legislação de regência dos servidores públicos, nos termos vigentes na data do óbito, que não foi

derrogada ou reputada inconstitucional com base no Estatuto do Idoso e da obrigação mútua de assistência entre pais e filhos, conforme disposição do art. 229 da CF/1988 e dos art. 1.694, 1.6956 e 1.697, todos do CC.

VII. Não sendo de interesse da União, de entidades autárquicas ou empresa pública federal, a apreciação de eventual direito a alimentos dos corréus Erlick Starling e Maria Carneiro Starling em relação à filha falecida, ou ao seu espólio, com fulcro nos mencionados dispositivos do Código Civil e da CF/1988 — até porque não existe tal relação obrigacional com a UFMG, como acima explicitado —, não está inserida no rol de competências da Justiça Federal a análise da obrigação de pagamento de pensão por morte a eles, já que decorre de relação entre particulares, não sendo possível sua discussão em sede de reconvenção nesta lide.

VIII. Considerando que o óbito da servidora data de 18/10/2001 e que a UFMG indeferiu o requerimento administrativo de pensão por morte, formulado pelo autor em 07/11/2001, por ausência de designação nos assentos funcionais — o que, como visto, não encontra respaldo na jurisprudência pátria —, e não pela inexistência de união estável, deve ser mantido o termo inicial da pensão por morte na data do óbito, eis que, por culpa exclusiva da UFMG, o autor deixou de perceber o benefício a que fazia jus, não sendo hipótese de aplicação do art. 219 da Lei 8.112/1990 por não se tratar de habilitação tardia ao benefício, já que o mencionado requerimento foi efetuado menos de um mês depois do óbito.

IX. Não há que se falar em cobrar as diferenças atrasadas dos corréus, com fulcro no art. 876 do CC, uma vez que a responsabilidade pelo pagamento do benefício para o autor é da UFMG, sendo sua obrigação diligenciar com o intuito de pagar corretamente o benefício a quem de direito e, não o tendo feito, utilizar-se do mencionado dispositivo legal para ressarcir-se do pagamento equivocadamente realizado por sua única culpa.

X. Em se tratando do pagamento de diferenças de vencimentos para servidores públicos, em ação proposta após a entrada em vigor da Medida Provisória 2.180-35/2001, os juros de mora são devidos a partir da citação até 29/06/2009, à base de 0,5% ao mês (art. 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação conferida pela referida medida provisória), aplicando-se, de 30/06/2009 em diante, os critérios definidos pela Lei 11.960/2009, ao passo que a correção monetária deve observar os índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal, com a aplicação do IPCA-E, eis que o Superior Tribunal de Justiça elegeu-o como melhor índice a refletir a inflação acumulada do período, no Recurso Especial 1.270.439/PR, em feitos da mencionada natureza e em razão de não ter sido definido pelo Supremo Tribunal Federal, após a declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/2009, outro índice a ser aplicado, tendo sido explicitado, todavia, no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, que a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública.

XI. Apelações desprovidas. Remessa oficial parcialmente provida, nos termos do item 10.

(Numeração única: 0034043-68.2005.4.01.3800, Apelação/Reexame Necessário 2005.38.00.034399-1/MG, rel. Des. Federal João Luiz de Sousa, unânime, e-DJF1 de 14/08/2017, p. 1.505)

Terceira Turma

Processual Penal. Habeas corpus. Alegação de incompetência do juízo a quo improcedente. Prisão preventiva devidamente fundamentada na garantia da ordem pública. Decisão calcada em elementos concretos. Ineficácia das medidas cautelares diversas da prisão. Crimes de fraude à licitação, corrupção ativa e passiva, falsidade ideológica, falsidade documental e organização criminosa. Ordem conhecida e denegada.

I. Conforme reiterado magistério jurisprudencial, “a simples menção ao nome de autoridades detentoras de prerrogativa de foro, seja em depoimentos prestados por testemunhas ou investigados, seja na captação de diálogos travados por alvos de censura telefônica judicialmente autorizada, assim como a existência de informações, até então, fluidas e dispersas a seu respeito, são insuficientes para o deslocamento da competência para o juízo hierarquicamente superior”, conforme assentou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Questão de Ordem

na Ação Penal 933/PB, na sessão de 06/10/2015 (cf. voto Min. Dias Toffoli), reafirmando entendimento da Suprema Corte consignado em outros precedentes (AgR na RCL 2101/DF, DJ de 20/09/2001; e HC 82647/PR, DJ de 25/04/2003).

II. Conforme pacífico e reiterado magistério jurisprudencial, em face da natureza excepcional da prisão preventiva, sua imposição somente se verifica possível quando evidenciada a efetiva necessidade da custódia cautelar, por decisão fundamentada em dados concretos, de forma a demonstrar o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

III. A materialidade e os indícios de autoria dos delitos objeto da apuração encontram-se nos elementos informativos até então colhidos (análises bancárias, laudos periciais de contabilidade e engenharia, notas técnicas etc.) e em decorrência de cumprimento de medidas cautelares deferidas anteriormente à decretação da custódia cautelar (interceptações telefônicas).

IV. Por sua vez, o perigo atual e concreto de que o paciente em liberdade continue desviando recursos federais decorre das interceptações telefônicas, que, segundo consignado no decreto prisional, deixam claro que, embora o objeto de investigação tenha iniciado em 2012, o paciente continua na atividade delitiva.

V. Portanto, não há como considerar o decreto prisional desprovido de fundamentação idônea, que justifica e autoriza a segregação cautelar do paciente, especialmente diante do registro de que o paciente ainda continua em plena atividade criminosa. Presentes, no caso em exame, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, satisfatoriamente demonstrados na decisão impugnada.

VI. Por outro lado, a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que: “quando a conduta delituosa contra a Administração Pública é praticada de forma reiterada, por grupo expressivo de pessoas, aparentemente organizadas para lesar o erário, justifica-se a custódia antecipada para a garantia da ordem pública, por demonstrar a periculosidade a partir do desprezo significativo pelo bem jurídico tutelado, fazendo cessar qualquer possibilidade de continuidade delitiva” (STJ – RHC 73323/RJ, DJe de 21/06/2017).

VII. As medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal mostram-se insuficientes e inefazes, por ora, para a finalidade de se interromper a atividade ilícita praticada, posto que as interceptações telefônicas demonstram a contínua e habitual prática de crimes pelo paciente, existindo provas sólidas de natureza testemunhal, documental e pericial de práticas de fraude à licitação, corrupção ativa e passiva, falsidade ideológica, falsidade documental e organização criminosa, ocorrendo atualmente.

VIII. Também não há como afastar o magistério jurisprudencial, no sentido de que: “A periculosidade do agente pode ser aferida por intermédio de diversos elementos concretos, tal como o registro de inquéritos policiais e ações penais em andamento que, embora não possam ser fonte desfavorável da constatação de maus antecedentes, podem servir de respaldo da necessidade da imposição de custódia preventiva.” (STF – HC 126501/MT, DJe 211 de 04/10/2016.)

IX. No caso, o paciente responde a ações penais perante o juízo *a quo* e em outras subseções judiciárias vinculadas à Seccional do Piauí, mas ainda assim continua a praticar delitos, demonstrando total menosprezo pelas instituições públicas, o que justifica sua segregação cautelar, como forma de garantir a ordem pública.

X. Ordem conhecida e denegada.

(*Habeas Corpus* 0030940-84.2017.4.01.0000/PI, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 03/08/2017, p. 319)

Quinta Turma

Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Patrimônio cultural brasileiro. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan. Preservação. Cadastramento nacional. Legalidade. Dano de âmbito nacional. Competência jurisdicional. Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990, art. 93, II).

I. Em se tratando de ação civil pública ajuizada contra autarquia federal, visando inibir danos ao patrimônio cultural brasileiro, com reflexos em todo o território nacional, como no caso, é competente a Justiça Federal localizada em capital do estado ou no Distrito Federal, para processar e julgar o feito, por força do que dispõe o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985. Precedentes do STJ. Preliminar de incompetência do juízo que se rejeita, na espécie.

II. A implementação e funcionamento de cadastro nacional, para fins de registro de todos os negociantes de antiguidades, de obras de arte de qualquer natureza, de manuscritos e livros antigos ou raros, possui respaldo legal (Decreto-Lei 25/1937, art. 26), competindo ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan, na condição de órgão responsável pela proteção, fiscalização, promoção, estudo e pesquisa do patrimônio cultural brasileiro (Decreto 5.040/2004), nos termos do art. 216 da Constituição Federal, promover, dentre outras ações, a identificação, o inventário, a documentação, o registro, a difusão, a vigilância, o tombamento, a conservação, a preservação, a devolução, o uso e a sua revitalização, exercendo, quando necessário, o poder de polícia administrativa, para essa finalidade.

III. *A determinação judicial, no sentido de impor-se ao referido órgão o fiel cumprimento de suas funções institucionais, não representa qualquer violação ao princípio da separação dos Poderes, por se tratar, no caso, de medida garantidora da tutela constitucional de defesa do patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216 e incisos), a merecer a proteção do Estado, na dimensão constitucional de seu interesse difuso, que integra o meio ambiente cultural, sob a tutela expressa e visível da Carta Magna, nos comandos mandamentais de que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais” (CF, art. 215, caput) e, ainda, de que “o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação” (CF, art. 216, § 1º), pois “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas e IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais” (CF, art. 216, III e IV), sendo que “os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei” (CF, art. 216, § 4º).*

IV. *Apelação e remessa oficial desprovidas.*

(Numeração única: 0038984-27.2006.4.01.3800, Apelação Cível 2006.38.00.039883-4/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, e-DJF1 de 21/07/2008, p. 139)

Civil e Processual Civil. Ação civil pública. Área de fronteira. Acordo internacional (Brasil e Venezuela). Ocupação e edificação em área non aedificandi. Inobservância de área non aedificandi. Ilegalidade da construção. Preliminar de impedimento do juízo monocrático. Não conhecimento. Rejeição das preliminares de suspensão do processo, de inadequação da via eleita e de nulidade de citação. Prazo prescricional.

I. Nos termos do art. 304 do CPC, “é lícito a qualquer das partes arguir, por meio de exceção, a incompetência (art. 112), o impedimento (art. 134) ou a suspeição (art. 135)”, observado o prazo legalmente estabelecido para essa finalidade (CPC, art. 305), do que resulta o não conhecimento de preliminar de nulidade do julgado, veiculada no bojo de recurso de apelação, que, além de desprovida de qualquer prova documental, não observou o procedimento legal estabelecido nos aludidos dispositivos legais. Preliminar não conhecida.

II. A suspensão do processo, a que alude a alínea *a* do inciso IV do art. 265 do CPC impõe-se quando o deslinde da demanda depender do julgamento de outra causa, hipótese não ocorrida, na espécie, tendo em vista que a discussão acerca da eventual irregularidade de ocupação de terras indígenas, onde se encontra localizado o imóvel descrito neste feito, afigura-se desinfluyente para a resolução da pendência aqui instaurada, ante a existência de fundamento outro (construção em área *non aedificandi*), suficiente a amparar a pretensão veiculada na peça vestibular. Rejeição da preliminar de suspensão do processo.

III. A tutela de interesses difusos, como no caso, em que se busca a proteção de interesses públicos atinentes à segurança nacional, enquadra-se nas finalidades precípua da ação civil pública, nos termos do art. 1º, inciso IV, da Lei 7.347/1985. Preliminar de inadequação da via eleita que se rejeita.

IV. Na dicção do que dispõe o § 1º do art. 249 do CPC, ainda que nulo, “o ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte”. No caso concreto da alegada inobservância da forma legalmente prevista para o ato citatório, não resulta qualquer nulidade, à míngua de qualquer prejuízo concreto aos promovidos, que, inclusive, exercitaram, tempestivamente, o direito de defesa, apresentando competente contestação e produziram prova documental.

V. A orientação jurisprudencial já sedimentada no âmbito de nossos tribunais é no sentido de que “a Ação Civil Pública e a Ação Popular compõem um microsistema de tutela dos direitos difusos, por isso que, não havendo previsão de prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, recomenda-se a aplicação, por analogia, do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei 4.717/1965.” (REsp 1070896/SC, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 14/04/2010, *DJe* 04/08/2010). Em se tratando, contudo, de discussão envolvendo lesão de direitos extrapatrimoniais e indisponíveis, como na espécie em comento, consistente na violação de acordo internacional, com reflexos permanentes, que se renovam diuturnamente, inexistente a alegada prescrição. Prejudicial de prescrição que se rejeita.

VI. A vedação quanto à realização de atividades e obras em área *non aedificandi*, delimitada em acordo internacional, firmado entre o Brasil e a Venezuela caracteriza a manifesta irregularidade da construção erguida nas limitações da aludida área, a autorizar a sua desocupação e demolição das edificações ali existentes.

VII. Apelações desprovidas. Sentença confirmada.

(Numeração única: 0002307-64.2003.4.01.4200, Apelação Cível 2003.42.00.002306-1/RR, rel. Des. Federal Souza Prudente, maioria, e-*DJF1* de 20/07/2012, p. 521)

Constitucional e Administrativo. Morte causada por colega de farda, no exercício do serviço militar obrigatório. Responsabilidade civil do Estado. Danos morais.

I. Em tema de responsabilidade civil, é ela de natureza objetiva em relação às pessoas jurídicas de direito público, assentando-se na teoria do risco administrativo, ocorrendo dever de indenizar diante da simples prova de ocorrência da ação do agente público e do nexo de causalidade com o resultado danoso provocado.

II. Hipótese em que o filho da autora, soldado do Exército, foi morto por colega de farda em razão de disparo acidental de arma de fogo, inexistindo culpa parcial ou exclusiva da vítima no evento capaz de mitigar ou afastar o dever de indenizar.

III. Indenização pelos danos morais devida e arbitrada em importância que atende os parâmetros jurisprudenciais para casos da espécie — R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) —, nos quais resulta do ato ilícito a perda do bem superior do ser humano e um intenso abalo moral em seus familiares, especialmente ascendentes ou descendentes.

IV. Honorários advocatícios de sucumbência igualmente arbitrados em valor equitativo, equivalente a 10% (dez por cento) da condenação.

V. Recurso de apelação não provido, parcialmente provida a remessa oficial, para que os índices de atualização monetária dos valores devidos observem os critérios enunciados no Manual de Cálculos da Justiça Federal para as condenações impostas à Fazenda Nacional.

(Numeração única: 0006925-04.2006.4.01.3600, Apelação e Reexame Necessário 2006.36.00.006926-0/MT, rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, unânime, e-*DJF1* de 28/06/2017, p. 1.963)

Civil. CDC. Caixa de Assistência dos Advogados de Goiás (CAA – GO). Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer. Ressarcimento de tratamento médico. Produto importado. Emergência. Art. 35-C da Lei 9.656/1998. Obrigatoriedade. Cobertura. Sentença mantida. Apelação desprovida.

I. Dispõe o art. 35-C da Lei 9.656/1998, “É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente”.

II. Considerando, na espécie, a condição clínica do autor à época, que acabou sofrendo severas queimaduras em 70% (setenta por cento) do seu corpo, causando-lhe graves lesões que o colocaram em situação de risco de morte, inclusive, é de se concluir que o caso se amolda perfeitamente na hipótese excepcional descrita no art. 35-C, inciso I, da Lei 9.656/1998, o que enseja a responsabilidade da recorrente pela cobertura obrigatória do tratamento médico-hospitalar ao qual foi submetida a parte-autora. Precedentes.

III. O eg. Superior Tribunal de Justiça, ao analisar caso semelhante ao dos autos, decidiu que é “abusiva a cláusula restritiva de direito que exclui do plano de saúde o custeio de prótese em procedimento cirúrgico coberto pelo plano e necessária ao pleno restabelecimento da saúde do segurado, sendo indiferente, para tanto, se referido material é ou não importado” (AgRg no Ag 1.139.871/SC, rel. o Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 10/05/2010).

IV. Consoante entendimento já consolidado pelo eg. Superior Tribunal de Justiça, as relações jurídicas advindas dos contratos que envolvem plano de saúde são reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor (nesse sentido: REsp 735.168/RJ, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi DJ 26/03/2008; dentre outros), encontrando-se tal posicionamento, inclusive, sumulado (Súmula 469).

V. Apelação e a remessa desprovidas.

(Numeração única: 0023697-80.2008.4.01.3500, Apelação/Reexame Necessário 2008.35.00.023914-7/GO, rel. Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado), unânime, e-DJF1 de 03/07/2017, p. 267)

Agravo de instrumento. Processual Civil. Administrativo. Empreendimento hidrelétrico. Critério para escolha do projeto básico para implantação de pequena central hidrelétrica. Resolução Normativa 343/2008 da Aneel. Requisitos não atendidos. Agravo de instrumento não provido.

I. A outorga para a exploração de pequenas centrais hidrelétricas tem previsão legal no art. 7º da Lei 9.074/1995 e no art. 26 da Lei 9.427/1996 e é regido pela Resolução Normativa Aneel 343/2008. Assim, os empreendimentos para geração de energia em central hidrelétrica de pequeno porte são viabilizados por meio de autorização administrativa do Poder concedente, não sendo exigível licitação para tal finalidade, o que afasta a aplicação da Lei 8.666/1993.

II. A Resolução Normativa 343/2008 da Aneel estabelece como critério para seleção e hierarquização do interessado na autorização de aproveitamento de potencial de energia hidráulica das pequenas centrais hidrelétricas fator quantitativo e temporal, tendo preferência na seleção “aquele que for proprietário da maior área a ser atingida pelo reservatório do aproveitamento em questão, com documentação devidamente registrada em cartório de imóveis até o prazo de quatorze meses após a efetivação do primeiro registro na condição de ativo” (inciso III do art. 11 da resolução normativa).

III. Consoante resolução normativa que rege a matéria, as terras a serem consideradas no cômputo das áreas a serem atingidas pelo reservatório precisam estar registradas devidamente em cartório e nesse registro é preciso existir a efetiva comprovação da localização das referidas áreas, o que não logrou demonstrar a agravante.

IV. Assim, não tendo a agravante apresentado, na documentação referenciada junto à matrícula dos imóveis, o memorial descritivo da área adquirida registrado no cartório de registro de imóveis, não foi possível comprovar a localização das referidas áreas, o que acarretou a desconsideração desses imóveis para efeitos de seleção na outorga do empreendimento hidrelétrico.

V. O procedimento de seleção que classificou a agravante em segundo lugar decorreu de ato devidamente motivado e fundamentado nas disposições regulatórias atinentes à matéria e em observância ao interesse público.

VI. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(Agravo de Instrumento 0058804-34.2016.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado), unânime, e-DJF1 de 10/07/2017, p. 183)

Direito Civil. Plano de saúde. Exame para diagnóstico e tratamento oncológico (PET scan). Improcede a alegação de que o exame não está incluído na lista de procedimentos da Agência Nacional de Saúde. Necessidade do exame para acompanhamento da doença. Cabível a condenação por danos morais. Honorários advocatícios mantidos. Apelação desprovida.

I. A autora, ora apelada, ajuizou a presente ação indenizatória para obter provimento judicial que a autorize a realizar o exame PET scan requisitado pela médica oncologista que a acompanha.

II. Da leitura do relatório médico, emitido em 3 de março de 2015 (fl. 74), observa-se que a autora foi diagnosticada, primeiramente, com neoplasia maligna do ovário, mas que, em dado momento, houve recorrência em pelve, com acometimento do reto.

III. O acompanhamento da doença por meio do exame que aqui se pleiteia faz-se necessário, uma vez que o diagnóstico precoce de lesões cancerígenas aponta para melhores índices de sobrevida nos pacientes que fazem uma avaliação periódica com rastreamento oncológico, a fim de acompanhar e controlar a evolução da doença.

IV. Registre-se que no citado relatório, a médica deixa clara a necessidade do procedimento para acompanhamento da evolução do quadro clínico da autora, que já teve duas recidivas (câncer do reto e peritoneal).

V. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que a recusa indevida, pela operadora do plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de exame necessário ao acompanhamento de doença grave dá direito à indenização por danos morais.

VI. Apelação desprovida.

(Apelação Cível 0013175-56.2015.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado), unânime, e-DJF1 de 21/07/2017, p. 672)

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. Precedente do TRF 1ª Região.

(Agravamento de Instrumento 0003128-72.2014.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 26/07/2017, p. 327)

Processual Civil. Ação possessória. Oposição. Imóvel de propriedade da União. Ocupação por particular. Ato precário. Cancelamento fundado em interesse público. Observância das normas legais de regência.

I. Ajuizada ação reintegratória de posse de bem imóvel, tendo como partes particulares, ofereceu a União oposição, na condição de titular do seu domínio, postulando o direito de reavê-lo, amparada no cancelamento da inscrição de ocupação.

II. A inscrição de ocupação de bem da União é ato precário, passível de resolução a qualquer tempo (Lei 9.636/1998, art. 7º, *caput*).

III. No caso dos autos, sobrevivendo o cancelamento da inscrição de ocupação, amparado em interesse público — destinação do bem a programa coletivo de assentamento rural —, precedido de regular notificação, com observância do prazo legalmente estabelecido para fins de desocupação voluntária (Decreto-Lei 9.760/1946, art. 132, c/c o art. 89, § 3º), afigura legítima a reintegração da União na posse do imóvel.

IV. Apelação desprovida.

(Apelação Cível 0070544-76.2013.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves (convocado), unânime, e-DJF1 de 02/08/2017, p. 1.006)

Processo Civil. Taxa de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde. Planos de saúde. Unimed. Art. 32 da Lei 9.656/1998. Constitucionalidade. Decisão do STF em sede de ADI 1.931/MC.

I. O art. 32 da Lei 9.656/1998 prevê a cobrança de taxa de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde a ser paga pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde referente aos atendimentos prestados pelos órgãos públicos aos usuários dos respectivos planos.

II. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 1.931/MC, entendeu pela constitucionalidade do ressarcimento ao SUS instituído pela Lei 9.656/1998, encontrando-se esvaziada a discussão acerca deste tema.

III. Apelação desprovida.

(Numeração única: 0010253-85.2006.4.01.3811, Apelação Cível 2006.38.11.010268-3/MG, rel. Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves (convocado), unânime, e-DJF1 de 02/08/2017, p. 998)

Direito Civil. Financiamento agrícola. Cédula rural pignoratícia. Programa de Garantia da Atividade Agropecuária (Proagro). Adesão. Cobertura. Pacto acessório. Perda da safra. Indenização devida. Quantum. Correção monetária. Art. 74, II, do ADCT da Constituição Federal. Incidência.

I. O agricultor que aderiu ao Proagro e perdeu a plantação em razão de comprovada infestação de ervas daninhas decorrentes do excesso de chuvas faz jus ao recebimento da cobertura securitária objeto de pacto acessório ajustado entre as partes.

II. O valor da cobertura deve corresponder ao montante efetivamente desembolsado pelo agricultor, descontadas, entretanto, as quantias correspondentes à correção monetária, nos termos do art. 74, II, do ADCT/1988.

III. A correção monetária incide a contar da liquidação do financiamento, com juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês a partir da citação e até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a partir de quando deverá incidir a taxa Selic, exclusivamente.

IV. Remessa oficial e apelação providas parcialmente.

(Numeração única: 0002482-19.1992.4.01.3400, Apelação/Reexame Necessário 92.00.02489-0/DF, rel. Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves (convocado), unânime, e-DJF1 de 02/08/2017, p. 998)

Constitucional. Administrativo. Concurso público para provimento de cargos de juiz federal substituto da Justiça Federal da Primeira Região. Momento para comprovação do preenchimento do requisito relativo aos três anos de prática jurídica. Data da inscrição definitiva. Repercussão geral reconhecida pela Suprema Corte.

I. A Suprema Corte, em julgamento de recurso extraordinário sob a sistemática de repercussão geral, firmou entendimento segundo o qual "a comprovação do triênio de atividade jurídica exigida para o ingresso no cargo de juiz substituto, nos termos do inciso I do art. 93 da Constituição Federal, deve ocorrer no momento da inscrição definitiva no concurso público".

II. O próprio enunciado da tese jurídica que veio a prevalecer no julgamento, sem nenhum tipo de condicionante, enfraquece a plausibilidade da tese, sustentada nos presentes autos e acolhida na sentença recorrida, de que a ausência de especificação de data certa previamente fixada no edital do certame para a inscrição definitiva transfere, para o dia da nomeação, a prova concernente ao cumprimento do requisito. Corresponde isso a se ampliar o conteúdo do julgado, sem que dele se extraiam elementos seguros para tal ampliação, tanto mais que a maioria nele formada negou expressamente a data da posse como sendo o momento próprio para a comprovação reclamada.

III. Sem embargo da tese fixada para o recurso sob a sistemática de repercussão geral, a própria Suprema Corte, ao julgar o recurso extraordinário onde a enunciou, lhe negou provimento, diante das premissas de fato em que se assentara o acórdão desta Corte, então recorrido, no sentido de que a então candidata cumprira os três anos de atividade jurídica ainda durante o curso do prazo para a inscrição definitiva, sobrestado judicialmente naquele caso, e de que "o edital não previa a inscrição definitiva com o sobrestamento do concurso. E, durante este período, a candidata veio a comprovar as condições - o cumprimento do lapso temporal de atividade jurídica - para que, então, atendessem quando do seu chamamento, para se demonstrar a inscrição definitiva" (trecho destacado do voto da eminente Ministra Cármen Lúcia).

IV. Foi, assim, sensível o mais alto Colégio Judiciário da Nação, para reconhecer direito à então recorrida, à situação de fato que se formou no âmbito da relação processual e, em virtude dela, circunstância que assemelha, ao decidido, o caso ora *sub examine*, no qual embora não tenha havido suspensão da data para a inscrição definitiva, também não prevista no edital do concurso, já cumpriu o recorrido o requisito, prosseguiu no certame em virtude de antecipação dos efeitos da tutela e, por força de deliberação de igual teor, veio a ser nomeado, empossado e se encontra em exercício no cargo de juiz federal substituto da Justiça Federal da Primeira Região.

V. Agravos internos não conhecidos, por prejudicados, não providos o recurso de apelação e a remessa oficial.

(Apelação Cível e Reexame Necessário 0020981-72.2016.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, unânime, e-DJF1 de 03/08/2017, p. 393)

Sexta Turma

Administrativo. Agravo de instrumento. Concurso público. Vagas destinadas aos candidatos negros. Previsão editalícia de análise da veracidade da autodeclaração mediante apreciação de, dentre outras formas, fotografia enviada pelo candidato. Eliminação da candidata. Impossibilidade. Prevalência do princípio da razoabilidade. Determinação de aferição presencial. Possibilidade. Agravo de instrumento não provido. Decisão agravada mantida.

I. No caso dos autos a candidata se inscreveu no concurso público realizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS para provimento do cargo de analista do seguro social — assistente social, regido pelo Edital 01 - INSS, de 22/12/2015, para uma das vagas reservadas aos candidatos negros. Obtendo aprovação na prova objetiva, aquela foi convocada para procedimento de verificação da condição declarada, nos termos do Edital 07 - INSS/2016, que se daria mediante o preenchimento de declaração a afirmar que desejaria continuar concorrendo como candidato negro, a impressão, assinatura e envio desta por meio de *link* específico acompanhado de “[...] fotografia individual colorida, com fundo branco e placa com a data em que a fotografia foi tirada, de seu tronco, cabeça e braços, sendo que a cabeça e os braços deverão estar descobertos”, para ser analisada por uma banca examinadora designada especialmente para tanto. A mencionada banca entendeu que as características fenotípicas da candidata não se enquadravam nos preceitos legais dispostos na Lei 12.990/2014, tendo ela, de forma unânime, indeferido a inscrição da candidata na condição de negra, motivo pelo qual ela foi eliminada do concurso.

II. A jurisprudência desta Sexta Turma possui entendimento no sentido de que, no caso como o colocado nestes autos, “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”, bem como que “A simples análise fotográfica, 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” (Apelação 00061712220164013500, Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, TRF1 - Sexta Turma, e-DJF1, data: 12/05/2017).

III. A Orientação Normativa 3, de 1º de agosto de 2016, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que veio dispor sobre as regras de aferição da veracidade da autodeclaração prestada por candidatos negros, para os fins da Lei 12.990/2014, determinando que esta verificação seja feita, obrigatoriamente na presença do candidato, afirmou no seu art. 3º que “Concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União em andamento, ou seja, antes da publicação da homologação do resultado final, que não tiverem a previsão da verificação da veracidade da autodeclaração, deverão ter seus editais retificados para atender ao determinado por esta Orientação Normativa”.

IV. Em razão da aplicação do princípio da razoabilidade e tendo em vista a disposição contida no art. 3º da aludida Orientação Normativa 3/2016, deve ser mantida a decisão agravada que determinou a suspensão do ato de eliminação da candidata/agravada das nomeações daqueles aprovados para o cargo e localidade para o qual a parte-autora, determinando que a verificação da condição de negra da candidata/agravada se desse de forma presencial.

V. Agravo de instrumento conhecido e, no mérito, não provido.

(Agravo de Instrumento 0068876- 80.2016.4.01.0000/PI, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 03/07/2017, p. 357)

Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Saúde. Tratamento médico. Procedimento cirúrgico. Preliminares: ilegitimidade passiva dos entes públicos e vedação de interferência do Judiciário na formulação de políticas públicas relacionadas à saúde. Princípio da descentralização do SUS. Responsabilidade solidária. Honorários advocatícios. Princípio da causalidade. Defensoria Pública da União. Possibilidade. Sentença mantida.

I. Nos termos do art. 196 da Constituição da República, incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, prestar assistência à saúde da população, configurando essa obrigação, consoante entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal, responsabilidade solidária entre os entes da Federação. Portanto, é possível o ajuizamento da ação contra um, alguns ou todos os entes estatais. Afasto, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* arguida pelos entes públicos.

II. Quanto à alegação da impossibilidade de interferência do Poder Judiciário na formulação de políticas públicas, o Supremo Tribunal Federal entende que reconhecer a legitimidade do Poder Judiciário para determinar

a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da Administração Pública, não configura violação do princípio da separação dos Poderes, haja vista não se tratar de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro. Precedente: RE 820910 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 26/08/2014, DJe 171, divulg. 03/09/2014, public. 04/09/2014.

III. Consoante se extrai da Constituição Federal de 1988, à Saúde foi dispensado o *status* de direito social fundamental (art. 6º), atrelado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, consubstanciando-se em “direito de todos e 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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196).

IV. É responsabilidade do Poder Público, independentemente de qual seja o ente público em questão, garantir a saúde ao cidadão. No caso em análise, a obrigação de fazer consistiu em determinar ao Município de Tupaciguara, ao Estado de Minas Gerais e à União, dentro de suas áreas territoriais, de forma conjunta e solidária, que realizem, em caráter definitivo, o tratamento cirúrgico de ressecção transuretral de bexiga, bem como todo tratamento necessário ao seu quadro clínico, em hospital de nível terciário, na paciente Iolanda Marcelina de Jesus, preferencialmente na rede pública de atendimento à saúde (SUS) ou, se inexistente nesta, requisitem vaga em qualquer hospital particular não conveniado, estabelecido no Município de Uberlândia ou em qualquer outro do território desse estado ou do País, para atendimento à parte-autora, mediante justa indenização no último caso, na forma do inciso XII do art. 15 da Lei 8.080/1990, por possuir diagnóstico de neoplasia recidivada de bexiga – C67.

V. Não pode a divisão administrativa de atribuições estabelecidas pela legislação decorrente da Lei 8.080/1990 restringir essa responsabilidade, servindo ela, apenas, como parâmetro da repartição do ônus financeiro final dessa atuação, o qual, no entanto, deve ser resolvido pelos entes federativos administrativamente ou em ação judicial própria e não pode ser óbice à pretensão da população ao reconhecimento de seus direitos constitucionalmente garantidos como exigíveis deles de forma solidária.

VI. Tendo o Estado, em seu sentido amplo, dado causa ao ajuizamento da ação, já que negado o custeio do tratamento médico vindicado pela parte-autora, deve ele arcar com os honorários de sucumbência. Incidência do princípio da causalidade.

VII. Consoante jurisprudência deste egrégio Tribunal, “a possibilidade de a Defensoria Pública da União receber honorários de sucumbência em decorrência de sua atuação está expressamente prevista no art. 4º, inciso XXI, da Lei Complementar 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar 132/2009” (AC 0013140-23.2006.4.01.3300/BA, rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, e-DJF1, p. 118, de 07/02/2012).

VIII. Recursos de apelação conhecidos e não providos.

(Apelação Cível 0012544-67.2015.4.01.3803/MG, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 14/07/2017, p. 3.191)

Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Manutenção e preservação de bem tombado. Município de São Luís (MA). Fonte das pedras e fonte do ribeirão. Omissão do Poder Público. Antecipação da tutela. Possibilidade. Astreintes. Legitimidade. Agravo de instrumento. Desprovidimento.

I. Nos termos da Constituição Federal (arts. 23, inciso III, e 30, inciso IX) é de responsabilidade do município a tutela do patrimônio histórico local, não o eximindo dessa obrigação a alegação genérica de falta de dotação orçamentária, desprovida de qualquer comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira do ente público.

II. Conforme entendimento jurisprudencial estabelecido no âmbito deste Tribunal, a proibição contida no § 3º do art. 1º da Lei 8.437/1992 deve ser analisada à luz da Constituição da República, em observância ao princípio da efetividade da jurisdição e da razoabilidade, admitindo-se, excepcionalmente, a concessão de liminar satisfativa, quando tal providência seja imprescindível para evitar perecimento de direito, como no caso em questão, no qual a demora na providência pode implicar na total destruição do bem tombado.

III. Sendo a conservação e reparação de bem tombado um dever legal e constitucional do município agravante, sua eventual omissão no cumprimento dessa obrigação autoriza a atuação do Poder Judiciário com vistas a dar efetividade à legislação pertinente, não implicando tal medida em violação ao princípio da separação dos Poderes.

IV. Havendo recalcitrância do ente público, não se mostra desarrazoado o arbitramento de multa cominatória, inclusive de natureza pessoal, que poderá ser revista a qualquer tempo, para ajustá-la às necessidades do caso concreto, nos termos do art. 537 do novo Código de Processo Civil.

V. Agravo de instrumento desprovido.

(Agravo de Instrumento 0049711-18.2014.4.01.0000/MA, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 24/07/2017, p. 375)

Sétima Turma

Administrativo. Tributário. Ação civil pública. Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional – Crefito. Fisioterapeuta com especialidade em Acupuntura. Resolução do Conselho Federal de Medicina. Restrição ao campo de atuação. Ofensa ao princípio da legalidade e livre exercício profissional — art. 5º, incisos II e XIII, da CF.

I. A Acupuntura é um método terapêutico milenar, que há muitos anos vem sendo utilizado no Brasil. Todavia, a atividade não está regulamentada por lei federal no País e gera divergências entre profissionais da área de saúde (médicos, biomédicos, enfermeiros, psicólogos, fisioterapeutas e técnicos) interessados em praticá-la.

II. Assim, diante da ausência de lei regulamentadora, não há impeditivo legal para o exercício da Acupuntura por múltiplos profissionais, em consonância com o art. 5º, incisos II e XIII, da CF.

III. “Realmente, no Brasil não existe legislação que proíba a certos profissionais da área de saúde a prática da Acupuntura, ou mesmo que a preveja apenas em favor de alguns; [...]” (REsp 1357139/DF, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 18/04/2013, DJe 24/04/2013).

IV. Honorários nos termos do voto.

V. Apelações e remessa oficial não providas.

(Numeração única: 0002477-80.2009.4.01.3600, Apelação/Reexame Necessário 2009.36.00.002477-5/MT, rel. Juiz Federal Eduardo Morais da Rocha (convocado), unânime, e-DJF1 de 23/06/2017, p. 3.117)

Tributário. Imposto de Renda Pessoa Física. Isenção. Neoplasia maligna. Art. 6º, XIV, Lei 7.713/1988. Laudo oficial. Inexigibilidade. Contemporaneidade dos sintomas. Desnecessidade.

I. “Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é desnecessária a apresentação de laudo médico oficial, ou a comprovação da recidiva da enfermidade, para a isenção do imposto de renda em caso de neoplasia maligna” (AC 0022676-83.2005.4.01.3400/DF, rel. Desembargadora Federal Ângela Catão, Sétima Turma, e-DJF1, p. 4.581, de 10/07/2015).

II. Comprovada a enfermidade (neoplasia maligna) constante no rol do inciso XIV do art. 6º da Lei 7.713/1988, deve ser afastada a tributação, pelo Imposto de Renda Pessoa Física, sobre os proventos de aposentadoria do apelado.

III. “O fato de a Junta Médica constatar a ausência de sintomas da doença pela provável cura não justifica a revogação do benefício isencional, tendo em vista que a finalidade desse benefício é diminuir os sacrifícios dos aposentados, aliviando-os dos encargos financeiros. (MS 15.261/DF, Primeira Seção, rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22/09/2010, DJe, 05/10/2010).” (AC 0035095-23.2014.4.01.3400/DF, rel. Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa, Oitava Turma, e-DJF1 de 1º/07/2016.)

IV. Apelação não provida.

(Apelação Cível 0004922-30.2012.4.01.4000/PI, rel. Des. Federal Hercules Fajoses, unânime, *e-DJF1* de 30/06/2017, p. 1.714)

Processual Civil e Tributário. Política tarifária. Encargos de Serviços de Sistema – ESS. Reserva legal. Art. 175, III, CF/1988. Instituição pela Resolução 3/2013. Ilegalidade. ADC 9. Constitucionalidade da Medida Provisória 2.152-2 e posteriores reedições.

I. Em matéria de política tarifária e de prestação adequada de serviço público por meio de concessão ou de permissão, a CF/1988 instituiu cláusula de reserva de lei em sentido estrito, nos termos do seu art. 175, parágrafo único, incisos III e IV.

II. Conforme se verifica do julgamento da ADC-9/DF, a sobretarifa, destinada a custear despesas adicionais necessárias à manutenção e continuidade da prestação do serviço de energia elétrica, mantém sua natureza de tarifa, e, como tal, está sujeita à política tarifária.

III. Se a fixação da sobretarifa, que parece ser a natureza da parcela paga a título de Encargos de Serviço do Sistema, depende da política tarifária, há que se reconhecer que essa sobretarifa, ou a imposição a outros sujeitos passivos, depende da edição de lei, em face do que preceitua o art. 175, III, da Constituição Federal.

IV. Não se mostra viável a utilização de mero ato administrativo de natureza propositiva — Resolução CNPE 3/2013 — com o escopo de implementar alterações na política do setor regulado energético então vigente para o rateio de custos, independentemente de novo instrumento legal, ou seja, sem que se submeta a matéria à apreciação do Poder Legislativo.

V. Apelação e remessa oficial às quais se nega provimento.

(Apelação Cível 0043102-67.2015.4.01.3400 / DF, rel. Des. Federal José Amílcar Machado, unânime, *e-DJF1* de 14/07/2017, p. 3.925)

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução fiscal. Imposto de Renda. Portador de visão monocular. Isenção.

I. O portador de moléstia grave constante no rol do inciso XIV do art. 6º da Lei 7.713/1988 está isento de Imposto de Renda.

II. Restou comprovado que o apelado é portador de visão monocular, conforme laudo médico pericial.

III. *“Ainda que o art. 30 da Lei 9.250/1995 determine que, para o recebimento de tal benefício, é necessária a emissão de laudo pericial por meio de serviço médico oficial, a ‘norma do art. 30 da Lei 9.250/1995 não vincula o Juiz, que, nos termos dos arts. 131 e 436 do Código de Processo Civil, é livre na apreciação das provas acostadas aos autos pelas partes litigantes’* (REsp nº 673.741/PB, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA DJ de 09/05/2005). Nesse diapasão, *“de acordo com o entendimento do julgador, esse pode, corroborado pelas provas dos autos, entender válidos laudos médicos expedidos por serviço médico particular, para fins de isenção do imposto de renda.”* (REsp 1088379/DF, rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 14/10/2008, DJe 29/10/2008.)

IV. *“De acordo com a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10), da Organização Mundial de Saúde, que é adotada pelo SUS e estabelece as definições médicas das patologias, a cegueira não está restrita à perda da visão nos dois olhos, podendo ser diagnosticada a partir do comprometimento da visão em apenas um olho. Assim, mesmo que a pessoa possua visão normal em um dos olhos, poderá ser diagnosticada como portadora de cegueira.* 4. *A lei não distingue, para efeitos da isenção, quais espécies de cegueira estariam beneficiadas ou se a patologia teria que comprometer toda a visão, não cabendo ao intérprete fazê-lo.”* (REsp 201000976900; rel. Herman Benjamin; STJ; Segunda Turma; DJe 04/02/2011).

V. Apelação não provida.

(Apelação Cível 0021448-13.2014.4.01.3900/PA, rel. Des. Federal Hercules Fajoses, unânime, *e-DJF1* de 21/07/2017, p. 932)

Oitava Turma

Administrativo. Processual Civil. Mandado de segurança. Operadora de plano privado de assistência à saúde. Registro no Conselho Regional de Medicina. Exigência feita pela Agência Nacional de Saúde – ANS para autorização de funcionamento (Lei 9.656/1998, art. 8º, I). Restabelecimento do registro. Recusa. Ilegalidade do ato. Ônus da prova (CPC/1973, art. 333). Apelação e remessa oficial não providas.

I. “As pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, seja em que modalidade for, estão submetidas às disposições contidas na Lei 9.656/1998 que, em seu artigo art. 8º, inciso I, exige registro nos Conselhos Regionais de Medicina ou de Odontologia como condição para obter autorização de funcionamento” (REsp 1.106.887/CE, STJ, Terceira Turma, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 27/08/2013).

II. O juízo de origem decidiu: “eivado de ilegalidade o ato que efetuou o cancelamento do registro da impetrante sob o fundamento de que ‘as administradoras de benefícios de assistência à saúde não prestam (são proibidas) atendimento médico, conforme art. 3º, da Resolução Normativa da ANS 169/2009’, pois em clara afronta a dispositivo de lei, qual seja, o art. 8º, I, da Lei 9.656/1998”.

III. A impetrante desincumbiu-se do ônus que lhe cabia (CPC/1973, art. 333, I, vigente na data da prolação da sentença), qual seja, demonstrar a ilegalidade da recusa da autoridade apontada como coatora de restabelecer o registro do seu estabelecimento junto ao CRM, requisito necessário ao desempenho das suas atividades. Precedentes.

IV. Apelação e remessa oficial não providas.

(Apelação/Reexame Necessário 0002072-61.2015.4.01.3300/BA, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, unânime, e-DJF1 de 07/07/2017, p. 1.565)

Decisões Monocráticas

Agravo de Instrumento 0027432-33.2017.4.01.0000/MG

Relatora: Juíza Federal Maria da Penha Gomes Fontenele Meneses (convocada)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Antônio Juarez de Almeida contra decisão proferida pelo MM. juiz federal da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, nos autos da Ação Ordinária 20090-17.2017.4.01.3800, que determinou a suspensão do feito em face do decisório exarado no REsp 1.657.156-RJ, até seu julgamento.

2. Eis trecho da decisão recorrida no que relevante à controvérsia:

[...]

Por outro lado, recentemente no âmbito do Recurso Especial nº 1.657.156-RJ, onde a questão posta a julgamento é a obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria nº 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais), foi proferida decisão afetando este tema como Recurso Repetitivo (Tema 106 – STJ), sendo determinado pelo Ministro Relator “a suspensão, em todo território nacional, dos processos pendentes, individuais e coletivos, que versem sobre a questão ora afetada”.

Atualmente a Portaria nº 1.318 de 23.07.2002, complementada pela Portaria nº 921 de 25.11.2002, bem como a Portaria nº 1.554 de 30.07.2013 relacionam os medicamentos excepcionais e os incluem na Tabela de Procedimentos do SIA/SUS, como já dito acima.

Pode ser verificado nas referidas portarias e pela negativa de fls. 32, o medicamento cujo fornecimento é requerido neste feito (ENZALUTAMIDA) não está na relação de Medicamentos Excepcionais.

Assim sendo, apesar da gravidade do caso concreto, não há meios para o prosseguimento regular deste feito, que deve ser suspenso em atendimento ao comando decisório exarado pelo Ministro Relator do Recurso Especial nº 1.657.156-RJ, até o julgamento do mesmo.

3. Irresignado, argumenta o agravante que a suspensão dos processos determinada pelo acórdão de afetação do Superior Tribunal de Justiça não impede o deferimento de tutela de urgência em cada caso concreto, alegando que o art. 314 do NCPC determina que “durante a suspensão, é vedado praticar qualquer ato processual, podendo o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes a fim de evitar dano irreparável”, salientando que a doutrina é uníssona em afirmar que a ressalva diz respeito à possibilidade de deferimento de medidas antecipatórias de tutela.

4. Aduz que o Hospital Mário Penna prescreveu o medicamento Enzalutamida (Xtandi) para seu tratamento, salientando que possui o direito de receber tratamento mais eficaz e com menos efeitos colaterais, bem como que sofrerá prejuízos quanto a sua vida se não deferida a medida de urgência, pois o medicamento requerido é essencial e amplamente utilizado para o tratamento de câncer de próstata.

5. Prosseguiu o agravante em sua irrisignação quanto ao mérito do feito, requerendo, ao final, o deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal para que seja determinado o fornecimento do medicamento Enzalutamida (Xtandi), na dosagem 40mg, na forma da prescrição médica.

Autos conclusos, *decido*.

7. A princípio, razão assiste ao agravante em parte.

8. Dispõe o art. 314 do Código de Processo Civil/2015 que mesmo durante a suspensão, em que é vedado praticar qualquer ato processual, pode o juiz determinar a realização de atos urgentes a fim de evitar dano irreparável. Hipótese na qual se insere o fornecimento de medicamento para tratamento de câncer.

9. Além do que, após o julgamento do REsp 1.657.156-RJ, o Superior Tribunal de Justiça publicou, em seu sítio eletrônico na rede mundial de computadores, nota esclarecendo que as normas contidas no Código de Processo Civil se aplicam inclusive ao repetitivo cadastrado como tema, salientando que casos urgentes relacionados a fornecimento de medicamento podem ser apreciados pelo Judiciário. Confira-se:

Suspensão em repetitivo não impede apreciação de tutelas de urgência

Apesar da suspensão processual prevista pelo Código de Processo Civil em virtude de determinação de julgamento de ação sob o rito dos recursos repetitivos (artigo 1.037, inciso, II, do CPC), não há impedimento para a concessão de tutelas

provisórias urgentes, caso o magistrado entenda estarem cumpridos os requisitos de urgência e de risco irreparável (artigo 300 do CPC). Também não há vedação para o cumprimento de medidas cautelares já deferidas judicialmente.

As normas trazidas pelo Código de Processo Civil aplicam-se inclusive ao repetitivo cadastrado como tema 106, por meio do qual a Primeira Seção do STJ discutirá a obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados pela Portaria 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais).

Atos urgentes

As regras sobre as tutelas de urgência estão previstas no próprio CPC/2015, que, em seu artigo 314, estabelece que, durante a suspensão, pode o juiz determinar a realização de atos considerados urgentes.

Dessa forma, casos urgentes relacionados ao fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde podem ser levados à apreciação do Judiciário, cabendo ao juízo competente decidir sobre eventual medida cautelar, evitando assim que haja negativa de prestação jurisdicional.

O recurso repetitivo deverá ser levado a julgamento tão logo seja concluída a fase de instrução e a manifestação das partes interessadas. O recurso tem como relator o ministro Benedito Gonçalves

10. Deixo de analisar o pedido de fornecimento de medicamento, em razão da ausência de manifestação do juízo *a quo* quanto ao deferimento ou não do pedido de antecipação dos efeitos da tutela, sob pena de supressão de instância.

Dessa forma, *defiro*, em parte, o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, devendo prosseguir a análise do pedido de tutela de urgência.

(Agravo de Instrumento 0027432-33.2017.4.01.0000/MG, rel. Juíza Federal Maria da Penha Fontenele (convocada), *e-DJF1* de 22/06/2017, p. 450)

Agravo de Instrumento 0072219-84.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Trata-se de agravo de instrumento (fls. 3-35), com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto pela Usina Termelétrica de Anápolis S/A em impugnação à decisão proferida pelo Juízo da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal (fls. 39-41), que na Ação 0063321-67.2016.01.3400 (Ação Cominatória de Obrigação de Fazer e Não Fazer c/c Pedido de Tutela Provisória), ajuizada em desfavor da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, do Operador Nacional do Sistema – ONS e da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, indeferiu o pedido de antecipação de tutela, em resumo, nos seguintes termos (fl. 61):

Cuida-se de ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, ajuizada pela Usina Termelétrica de Anápolis contra a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel e Outros para que as requeridas efetuem o cálculo do CCOMB, de forma mensal, considerando o Ofício Circular nº 001/2008-SRG/Aneel, a partir do último reajuste e, caso não acatado, que a requerente não seja obrigada a gerar energia com prejuízos no seu custo de combustível – CCOMB e ainda, cumulativamente, que não apliquem ou instruem as demais entidades do setor elétrico a aplicarem qualquer penalidade à Requerente em caso de impossibilidade de geração de energia pela autora, enquanto pendente a decisão definitiva sobre o equilíbrio do CCOMB dos contratos da autora.

Afirma que é empresa autorizada a explorar a central geradora termelétrica Utedaia na condição de produtor independente de energia elétrica, tendo participado do 1º Leilão do Ambiente de Contratação Regulada, onde foram celebrados 27 contratos de comercialização de energia.

A geração de energia é remunerada através de uma receita variável (CVU) que tem como objetivo cobrir os custos vinculados ao combustível e outra parcela de mais custos variáveis como operação e manutenção, cuja fórmula de reajuste consta da Portaria MME nº 510/2005.

Aduz que o reajuste da parcela do custo de combustível – CCOMB é realizado anualmente em fevereiro, sendo que, atualmente, o CCOMB aplicado é de R\$742,89 MWh, muito aquém do real custo com combustível da Usina da requerente, o que torna inexequível a operação da UTE-DAIA, em razão do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Juntou documentos (fls. 23-254). Recolheu custas (fl. 256).

É o relatório. Decido.

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, nos termos do art. 300 do CPC.

Em juízo de cognição sumária, tenho que a parte autora não logrou êxito em demonstrar a existência de norma jurídica que lhe assegure que o reajuste do CCOMB deva acompanhar o valor real de mercado do combustível. O princípio do equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos não se presta, por si só, para amparar tal pretensão, pois o reajuste aplicado ocorre na forma da legislação de regência, cuja (in)suficiência ao equilíbrio contratual exige dilação probatória. [...]

Como se verifica dos autos, a ação de conhecimento em curso no juízo de origem objetiva obter provimento judicial que determine que a Aneel reajuste o valor que reembolsa à instituição agravada em razão do preço pago na aquisição de combustível, insumo que é essencial à sua atividade de geração de energia termelétrica.

O reembolso do custo de combustível é realizado pela Aneel por meio de rubrica denominada “Custo de Combustível – CCOMB”, critério constante do contrato de geração de energia pactuado entre as partes (Aneel e a agravada). Aduz a recorrente, no entanto, que a importância que recebe a esse título está em muito defasada em relação ao custo que efetivamente suporta na aquisição de combustível no mercado, de tal modo que considera iminente o risco de não conseguir dar continuidade e cumprimento ao contrato, seja porque já está operando com prejuízo, seja porque a continuidade de geração de energia resultará em crescente passivo financeiro, notadamente na hipótese de haver determinação do ONS de realizar continuados despachos de energia, com acionamento superior aos parâmetros previstos.

Os pedidos recursais estão assim delineados (fls. 34-35):

a) Em tutela antecipada:

Agravante requer que este Juízo defira, desde já, o pedido apresentado nesta peça com a antecipação *in totum* da tutela recursal, a fim de reestabelecer o equilíbrio econômico da relação entabulada e garantir a exequibilidade do contrato, conforme artigo 37, inciso XXI, da CF c/c artigo 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993, bem como a cláusula 15.10 dos contratos CCEARs, sob pena de ofensa aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório editalício, do equilíbrio econômico financeiro nos contratos administrativos e da função social da empresa, a qual pode vir a decretar falência por causa da situação narrada nos autos.

b) Em juízo de mérito:

[...] ao final do processamento do presente recurso, requer a reforma da decisão agravada para que ocorra o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, na modalidade de tutela provisória de urgência ou evidência: primeiro, com a determinação para que as Agravadas efetuem o cálculo do CCOMB, de forma mensal, considerando o Ofício Circular nº 001/2008-SRG/Aneel, a partir do último reajuste; segundo, caso não acatado o pleito pretérito, o que se admite apenas por amor ao argumento, com a autorização para que a Agravante não seja obrigada a gerar energia com prejuízos no seu custo de combustível – CCOMB; terceiro, em cumulação com o pleito pretérito, a determinação para que as Agravadas não apliquem e instruem as demais entidades do setor elétrico, ONS, Aneel e a CCEE, a não aplicarem qualquer penalidade à Agravante em caso de impossibilidade de geração de energia por parte dessa enquanto pendente a decisão definitiva sobre o equilíbrio do CCOMB nos Contratos da Agravante na presente demanda.

Em amparo ao direito que postula, aduz a recorrente:

- 1) A autorização para geração de energia termelétrica prevê valor de reembolso denominado CCOMB;
- 2) “[...] a Aneel admitiu o erro na fórmula de reajuste do CVU e alterou os preços de referência no mercado nacional, excluindo de sua composição a CIDE e os tributos federais. Mesmo com essas alterações, ocorreram reajustes negativos no CCOMB da UTE-DAIA, ou seja, esta medida foi válida somente para 2008, tornando-se sem efeito quando se utiliza os preços do diesel no mercado internacional para o reajuste da parcela CCOMB”;
- 3) “Os contratos se tornam inexecutáveis quando a Aneel impõe um CCOMB que é muito inferior ao custo de produção conforme será exposto a seguir. Os CCEARs celebrados pela UTE-DAIA preveem que se deve manter, em todas as circunstâncias, o equilíbrio dos interesses entre as partes, conhecido pela doutrina administrativista como equilíbrio econômico-financeiro, conforme cláusula 15.10 transcrita abaixo: [...]”;
- 4) O valor do CCOMB está defasado, e resulta na geração com prejuízo acumulado, pela agravante, configurando-se a perda do equilíbrio econômico-financeiro do contrato;

5) Semelhante situação, ocorrida em 2008, resultou em diversos fatos que conduziram à recuperação judicial da ora agravante;

6) “Pela disponibilidade da *energia contratada e potência associada*, as distribuidoras remuneram a UTE-DAIA com uma receita fixa mensal (Cláusula 7.6 do CCEAR), reajustada anualmente pelo índice inflacionário IPCA, que tem como objetivo cobrir os custos fixos de operação, como os encargos de conexão e uso do sistema de distribuição de energia elétrica, encargos setoriais da Aneel, MME (Ministério de Minas e Energia), ONS, bem como a remuneração do capital investido”;

7) “[...] a geração de energia é remunerada através de uma receita variável, que tem como objetivo cobrir os custos vinculados ao combustível e outra parcela de demais custos variáveis, como operação e manutenção. Confira-se a Cláusula 7.7.1 do CCEAR:

7.7.1. O *custo variável unitário* compõe-se por duas parcelas, cuja participação relativa será estabelecida pela Aneel, em conformidade com estudo da Empresa de Pesquisa Energética – EPE, de acordo com o tipo de combustível, conforme a equação:

$CVU = CO\&M + CCOMB$, onde: (i) Parcela vinculada ao custo de combustível – CCOMB; (ii) Parcela vinculada aos demais custos variáveis – CO&M;”

8) “[...] O CVU tem uma fórmula específica de reajuste conforme Portaria do MME 510/2005 e o mês de referência para formação dos preços da UTE-DAIA foi dezembro de 2005, conforme cláusula 7.5 do CCEAR:

7.5. A *receita fixa* e o *custo variável unitário* de cada usina serão atualizados Monetariamente, a partir de 1º de janeiro de 2006, considerando:

7.5.1. A *receita fixa* da usina DAIA é de R\$ 6.817.080,83, por ano, referente a dezembro de 2005, com base no IPCA.

7.5.2. O *custo variável unitário* da usina Daia de R\$ 608,30 (seiscentos e oito reais e trinta centavos), por MWh, referente a dezembro de 2005, com base em metodologia prevista na Portaria MME 510, de 20 de outubro de 2005.”

9) “[...] O reajuste da parcela do custo de combustível - CCOMB é realizado anualmente em fevereiro, enquanto que a parcela variável vinculada aos custos de operação e manutenção – CO & M é reajustada mensalmente pelo IPCA, conforme a data de reajuste de cada distribuidora.”, todavia, esse critério de cálculo dever ser alterado, para que o reajuste do CCOMB seja também mensal, assim evitando”;

10) Houve período de acionamento permanente — despacho pelo ONS — da agravante, o que potencializou o prejuízo causado pela defasagem no CCOMB.

Intimada (fl. 382), a Aneel apresentou as contrarrazões de fls. 389-398, requerendo o desprovemento do agravo, em síntese, pelos argumentos seguintes: (a) não estão presentes os requisitos que autorizam a concessão de pretendida tutela de urgência — probabilidade do direito e perigo da demora —, porque a agravante “[...] não faz jus ao reajuste do CCOMB com base no valor real de mercado do combustível [...]”; (b) na condição de produtor independente ou autoprodutor, na forma da legislação de regência (Lei 9.074, de 07/07/1995, art. 11 e no Edital 002/2005, item 2.90., que regulou o certame), opera por sua conta e risco, não possuindo direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato; (c) a Nota Técnica 239/2008-SEM/SRG/Aneel, de 26/09/2008, corrigiu distorção que foi detectada na base de referência dos preços de óleo combustível e de óleo diesel utilizados no reajuste do Custo Variável Unitário – CVU, e por consequência no valor de reembolso do CCOMB, sendo certo que, a partir dessa correção, os valores de reembolso do CCOMB estão adequados, conforme já reafirmado na Portaria MME 510/2005, Despacho 3.847, de 21/10/2008, Nota Técnica 91/2015-SRM/SRG/Aneel, de 16/06/2015, e Despacho 464, de 23/02/2016 (homologou a revisão da parcela de CCOMB postulada pela recorrente, no Processo 48500.000872/2014-77); (d) ao pretender a fixação de CCOMB de equilíbrio a agravante apresenta cálculo próprio, adotando como referência o preço de R\$ 2,779/litro e o consumo de 280,00/litros/MWh, deixando, todavia, de observar os termos dos contratos de compra e venda de energia elétrica fixados no leilão; (e) considerando que a autora (fl. 397) assinou os “[...] CCEARs, cujo critério de reajuste do CVU é estabelecido na Portaria MME 510/2005, não é cabível aplicar os valores do Ofício Circular 001/2008.”

Ao responder o agravo (fls. 401-406), o Operador Nacional do Sistema aduz que o seu interesse na causa se restringe à verificação do preço do CVU, no ato de determinação do despacho de energia ordem de mérito ou fora da ordem de mérito, e, no geral, ratifica os argumentos manejados pela Aneel.

Todas as indicações de páginas se referem ao sistema virtual de rolagem única adotado pelo Tribunal nos processos digitalizados.

Relatados, decido.

Ao que se deduz dos autos, a pessoa jurídica recorrente, na condição de contratada para a geração de energia termelétrica, compra no mercado o combustível — óleo diesel — que utiliza em sua atividade, e, tendo por base o valor do CVU – Custo Variável Unitário, a Aneel reembolsa esse custo.

O CVU, por sua vez, é composto por duas rubricas (CO&M — Parcela vinculada aos demais custos variáveis e CCOMB — Parcela vinculada ao custo de combustível). A CO&M é reajustada mensalmente, e a CCOMB anualmente. A agravante pede, além do reajuste do valor do reembolso de combustível, que o CCOMB seja reajustado mensalmente.

Observo que, se há previsão de remuneração da geração de energia mediante a CVU, e se essa rubrica, ao momento da realização do contrato de geração, na modalidade autorização, foi objeto de metodologia de cálculo que buscou exprimir os valores que seriam suficientes para reembolsar os custos de combustível e de gastos gerais, não vislumbro, pelo menos a esse momento, hipótese de que a pretensão da agravante seja desmedida e incoerente.

Ao contrário, o argumento utilizado é razoável, lógico e encontra-se vinculado aos elementos fáticos e contratuais que permeiam a relação jurídica estabelecida entre as partes: instituição privada geradora, Aneel e o ONS.

Concordo que a verificação dos exatos percentuais e valores da CVU que estariam defasados em razão dos preços praticados no mercado recomenda e requer a realização de perícia técnica, porque depende da mensuração da média de preços do mercado interno e do mercado internacional, como explicita a Aneel.

Todavia, também me parece lógico e razoável que se presuma que os valores atribuídos ao preço do combustível em 2005 e reajustados de ofício pela Aneel em 2008 estejam defasados em relação aos preços do combustível praticados no momento atual.

Nota Técnica 239/2008 – SEM/SRG/Aneel (fls. 238-246) — Metodologia de cálculo - Análise

Nesse aspecto, procede o argumento de que, mediante a Nota Técnica 239/2008 – SEM/SRG, a Aneel reconheceu o equívoco na aplicação de preços de combustíveis apresentados pela ANP, como já havia sido alegado pelos agentes produtores afetados, inclusive pela agravante. A consequência desse fato foi a correção, em 2008, de distorção que estava ocorrendo na fórmula de reajuste previsto no art. 6º da Portaria MME 510/2005.

Todavia, ao que se alega, esse reajuste não conseguiu atualizar os valores de reembolso até o presente momento, notadamente porque, quando se utiliza os preços médios do mercado internacional para o reajuste do CCOMB (caso de 2015 e 2016), a correção de cálculo efetivada em 2008 não produz efeito, uma vez que a alteração que buscou elevar o valor da CCOMB deu-se, pontualmente, por força da exclusão, em sua composição, da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – Cide e dos tributos federais. Assim, o reajuste da parcela do CCOMB a partir de fevereiro de 2016 teria resultado em um decréscimo de 9,5% em relação ao valor de reembolso do ano anterior, no qual foi utilizado o preço médio do diesel no mercado brasileiro.

De fato, o art. 19 dessa nota técnica estabelece que na composição do valor do reembolso devem ser consideradas as médias dos preços dos combustíveis no mercado brasileiro e no mercado internacional:

19. Observa-se que a fórmula aqui reproduzida compara a média dos preços de combustíveis no mercado nacional com a média dos preços no mercado internacional, para o último trimestre de cada ano, escolhe o menor entre os dois valores e calcula a variação em relação à média dos preços nacionais do último trimestre de 2005 (ano de realização do 1º leilão de energia nova).

Cumpra ainda ressaltar que em 16/05/2006 a Portaria MME/112 (art. 11) revogou, expressamente, a Portaria 510/2005 (fls. 234-236), a qual, no entanto, já em 2008, foi ainda utilizada como referência para a correção da metodologia de cálculo objeto da Nota Técnica 239/2008.

Da leitura da Portaria MME/112, em particular os seus arts. 3º a 5º, nota-se ter havido alteração na metodologia de cálculo do valor de reembolso de combustível, não estando claro, porém, a motivação determinante dessa mudança normativa, e se, de algum modo, essa portaria trouxe algum benefício às geradoras contratadas sobre a sua égide, quiçá, no sentido buscado pela recorrente.

Portanto, embora a comprovação da assertividade desses argumentos mereça análise técnico-pericial, é certo que os contornos de coerência, razoabilidade e vinculação da tese aos autos estão evidenciados.

Ressalto que a recorrente apresentou documento emitido pelo seu fornecedor de combustível, Raízen Combustíveis S/A, atestando o preço do óleo diesel em R\$ 2,779 por litro, de modo a apresentar mais um elemento de convicção em relação à sua tese de necessidade de equilíbrio do contrato.

Nesse sentido, como demonstra a agravante, verificou-se uma curva descendente do valor do reembolso, uma vez que o valor de CVU apurado em 2008 foi, nos anos posteriores, reduzida.

Mesmo considerando-se a metodologia técnica dos cálculos realizados pela Aneel, penso que para se concluir pela inexistência de qualquer defasagem no valor do CCOMB é necessário pressupor que os preços de combustível adotados pelo mercado decresceram, foram reduzidos, além de não ter havido, também, nenhuma depreciação em razão do comportamento inflacionário.

Essa premissa, no entanto, ao meu sentir, não encontra respaldo no contexto econômico público, nos documentos trazidos aos autos ou mesmo nos termos contratuais estabelecidos entre as partes.

Recuperação Judicial — inexistência de risco de dano inverso

Não acolho os argumentos da Aneel no ponto que, em contrarrazões, afirma a existência de risco inverso porque “[...] a agravada está em procedimento de Recuperação Judicial e, sobrevindo a sua falência, o recebimento dos créditos devidos seria incerto [...]”.

Primeiro, à falta de qualquer informação ou registro de que o Plano de Recuperação Judicial esteja sendo descumprido, creio que não se pode, por mera suposição, lançar dúvidas sobre o eventual sucesso da agravada no cumprimento do procedimento inserto na Lei 11.101/2005, o instituto da recuperação judicial.

Ademais, pelos termos e condições do Plano de Recuperação Judicial chancelado pelo Poder Judiciário, identifico a boa-fé e o justo propósito de a sociedade empresária agravante superar, na forma da lei, as intempéries administrativas e financeiras que a envolvem. Essa, efetivamente, é a finalidade da lei.

Então, identificar no exercício de direito previsto na Lei 11.101/2005 fator de descrédito e desmerecimento da pessoa jurídica que busca a sua recuperação, é, em minha avaliação, perpetrar juízo de valor destituído de amparo legal, e, portanto, ilegítimo para fundar o indeferimento de pretensão eventualmente veiculada à Administração Pública.

Note-se que o objeto do contrato encontra-se regularmente cumprido. Assim, há disponibilidade de energia e, quando o ONS despacha a efetiva utilização dessa energia, a agravante consegue produzi-la, mesmo em situações de uso continuado e fora da curva de produção normalmente utilizada. Nesse aspecto, aliás, nem Aneel nem o ONS refutaram a afirmação da agravante que “[...] durante três meses a usina produziu energia de modo contínuo, dia a dia, durante as vinte e quatro horas [...]”.

Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato — possibilidade.

De outro ângulo, nessa ordem de ideias, também não merece amparo a alegação da Aneel (em suas contrarrazões) de que a pessoa jurídica agravante opera por sua “conta e risco”, não possuindo direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, e que “[...] não faz jus ao reajuste do CCOMB com base no valor real de mercado do combustível [...]”.

Em verdade, ao assim manifestar-se, a Aneel, ao que entendo, reconhece que o valor de reajuste está aquém do preço de mercado e, em decorrência, do preço efetivamente pago pela agravante, apenas, no entanto, considera que o valor de mercado não deva ser pago à geradora.

Quanto ao direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, diversamente do que aduz a Aneel, há previsão na cláusula 15.10 (fl. 117) desse ajuste na minuta de contrato integrante do edital do leilão em que

originou a relação jurídico-contratual entre as partes, a qual prevê, tanto quanto possível, a manutenção do equilíbrio de interesses entre as partes, inclusive quando uma das condições pactuadas torna-se inexecutável. Confira-se:

Na hipótese de qualquer das disposições previstas no CONTRATO vir a ser declarada ilegal, inválida ou inexecutável, as disposições remanescentes não serão afetadas, permanecendo em plena vigência e aplicação e, nessa hipótese, as PARTES se obrigam, desde já, a adotar uma disposição que a substitua e que atenda aos objetivos da disposição considerada ilegal, inválida ou inexecutável, e que mantenham, tanto quanto possível, em todas as circunstâncias, o equilíbrio dos interesses comerciais das PARTES.

Consoante os cálculos e referências técnicas que apresenta (fls. 18-19), aduz a recorrente que o valor de reembolso da aquisição de combustível (CCOMB) deve observar o mínimo de R\$ 786,79 (setecentos e oitenta e seis reais e setenta e nove centavos), superior em R\$ 43,90 (quarenta e três reais e noventa centavos) à importância que atualmente recebe a esse título, que é de R\$ 742,89 (setecentos e quarenta e dois reais e oitenta e nove centavos). Assim, expressa a dimensão do prejuízo financeiro que alega estar experimentando no cumprimento do contrato de geração de energia.

Direito ao reembolso do custo de combustível — precedentes deste Tribunal

Em diversos precedentes que trataram de matéria similar à dos autos, esse Tribunal decidiu a causa mediante a aplicação do entendimento de que, em se tratando da geração termelétrica realizada nos Sistemas Isolados, deve o reembolso do valor pago ao mercado na aquisição de combustível ser realizado de modo integral, inclusive preservando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Nos julgados adiante relacionados, nos quais destaco os aspectos de maior relevância, essa solução está expressamente registrada. Confira-se:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. ENERGIA ELÉTRICA. SISTEMA ISOLADO. INSUMO BÁSICO: ÓLEO COMBUSTÍVEL. SUBVENÇÃO PAGA NOS TERMOS DA LEI Nº 8.631/96. LIMITAÇÃO DA FORMA DE PAGAMENTO POR MEIO DE ATO NORMATIVO (RESOLUÇÃO Aneel Nº 347/2009). POSSIBILIDADE. PERMISSÃO PREVISTA EM LEI. SENTENÇA MANTIDA.

I - A expressa revogação, pelo art. 16, I, da Lei nº 12.111/2009, do § 2º do art. 8º da Lei nº 8.631/93, que previa o pagamento de subvenção às concessionárias de energia elétrica para subsidiar os custos decorrentes da aquisição de combustíveis para a geração de energia elétrica por fontes termelétricas nos sistemas isolados, não afasta a possibilidade de discussão acerca da (i)legalidade de sua limitação por meio de ato normativo da Aneel, máxime se considerado o fato de que o diploma revogador (Lei nº 12.111/2009) previu, em seu art. 3º, § 2º, a inclusão no custo total de geração de energia elétrica dos “demais custos diretamente associados à prestação do serviço” e que não estavam previstos nos incisos de seu § 1º. Fundamento adotado na sentença recorrida afastado.

II - O cotejo entre o que dispõem a Lei nº 8.631/82 e a Resolução Normativa Aneel nº 347/2009 revela, em um primeiro momento, que o ato normativo em questão seria ilegal na medida em que o diploma legal não prevê a possibilidade de a agência reguladora impor qualquer limite para o pagamento da subvenção devida pela aquisição de combustíveis fósseis para a geração de energia elétrica por fontes termelétricas nos sistemas isolados, no caso concreto, o “preço de referência dos combustíveis” sugeridos pela ANP.

III - Ocorre que a Resolução Normativa Aneel nº 347/2009 encontra amparo na Lei nº 10.438/2002, que alterou o art. 11 da Lei nº 9.648/98 e passou a prever que a sistemática de rateio do custo de consumo de combustíveis para geração de energia elétrica nos sistemas isolados ocorreria na forma a ser regulamentada pela Aneel, que, por sua vez, “deverá conter mecanismos que induzam à eficiência econômica e energética, à valorização do meio ambiente e à utilização de recursos energéticos locais, visando atingir a sustentabilidade econômica da geração de energia elétrica nestes sistemas”.

IV - Precedente desta Sexta Turma na AMS nº 0026107-81.2012.4.01.3400/DF, de relatoria do Desembargador Federal Kássio Nunes Marques, em cujo acórdão consignou-se que “impedir que a Aneel regule o reembolso dos valores gastos com compra de combustível para produção de energia para o Sistema Isolado, com base nos preços da tabela divulgada pela Agência Nacional de Petróleo, significa permitir que interesses privados se sobreponham aos interesses públicos”.

V - Não encontrado as autoras outros fornecedores de combustível dispostos a atender sua demanda, o valor da compra junto à BR Distribuidora deve ser integralmente ressarcida, sendo desarrazoado reduzir de forma fictícia tal reembolso, em se tratando de fornecedor sobre controle da própria União.

VI - Não podendo admitir a empresa privada em operar com prejuízo, óbvio que repassará o custo não ressarcido ao consumidor final, encarecendo o preço de consumo de energia elétrica.

VII - Recurso de apelação interposto pelas autoras a que se dá provimento. (AC 0034652-48.2009.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.2429 de 29/05/2015) (Destaquei)

ADMINISTRATIVO. RECURSO DE APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE REFORMA DA SENTENÇA VERGASTADA. RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 427/2011/Aneel CONTA DE CONSUMO DE COMBUSTÍVEIS DO SISTEMA ISOLADO - CCC-ISOL. REEMBOLSO. POSSIBILIDADE. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.

1. As impugnadas limitações decorrentes da Resolução Normativa nº 427, de 22 de fevereiro de 2011 geram efeitos diários à apelante, de modo que o prazo decadencial se renova a cada ato perpetrado pela apelada. Precedente: (STJ, AGRESP 980648, QUINTA TURMA, RELATOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJE DATA: 15/02/2013)

2. A Resolução Normativa nº 347/2009, editada pela Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel, estabelece limites para os reembolsos efetuados a título da Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolados (CCC-Isol), a qual, por sua vez, foi criada com o objetivo de viabilizar o rateio do custo efetivo do consumo de combustíveis para a geração de energia elétrica nos sistemas isolados, conforme determinado em lei.

3. Tais custos são refletidos pelas concessionárias na tarifa cobrada dos consumidores finais, os quais efetivamente são vertidos ao subsídio para aquisição dos combustíveis das centrais termelétricas.

4. Impedir que a Aneel regule o reembolso dos valores gastos com compra de combustível para produção de energia para o Sistema Isolado, com base nos preços da tabela divulgada pela Agência Nacional de Petróleo, significa permitir que interesses privados se sobreponham aos interesses públicos.

5. Apelação a que se dá parcial provimento apenas para afastar a decadência e, no mérito propriamente dito, denegar a segurança. (AMS 0026107-81.2012.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.62 de 10/03/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMBUSTÍVEL PARA TERMELÉTRICAS EM LOCAIS ISOLADOS E NÃO INTERLIGADOS AO SISTEMA NACIONAL. CONTA CCC-Isol. RESTRIÇÃO DOS PAGAMENTOS AO VALOR MÉDIO ESTIPULADO EM PLANILHA PUBLICADA PELA ANP. ARGUMENTO DE BUSCA DE EFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE LEGALIDADE NO PROCEDIMENTO DA Aneel. EXTRAPOLAÇÃO DO PODER REGULAMENTAR. AGRAVO PROVIDO.

1 - A utilização de preço médio de referência fundado em tabela da ANP para o ressarcimento do valor pago por combustíveis fósseis para o funcionamento de termelétricas integrantes dos sistemas isolados não integrados ao sistema nacional, viola o §3º do artigo 11 da Lei nº 12.111/2009, que prevê o reembolso dos custos relativos ao preço dos combustíveis utilizados para a geração da energia, desde que não tenham sido tais valores incluídos no preço projetado para o fornecimento.

2 - A busca da eficiência preconizada pela Aneel não pode conduzir à imposição de prejuízos à empresa geradora, que deve ser ressarcida dos custos efetivamente despendidos.

3 - A lei é a baliza a ser observada no exercício do poder regulamentar, que uma vez excedido ou inobservado, deve conduzir à declaração da ilegalidade do ato de regulamentação impugnado.

4 - Agravo de instrumento provido para reconhecer o direito da concessionária ao ressarcimento da energia utilizada segundo o valor efetivamente gasto. (AG 0000715-23.2013.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.913 de 19/07/2013) (Destaquei)

ADMINISTRATIVO. CONTA DE CONSUMO DE COMBUSTÍVEIS FÓSSEIS DOS SISTEMAS ISOLADOS - CCC-ISOL. REEMBOLSO DEVIDO ÀS TERMELÉTRICAS PELO CUSTO EFETIVO DO COMBUSTÍVEL. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DA FORMA DE PAGAMENTO POR MEIO DE ATO NORMATIVO. ILEGALIDADE DAS RESOLUÇÕES NORMATIVAS Nº 347/2009 E Nº 427/2001 DA Aneel. LEI 8.631/93. DECRETO 774/93. LEI 12.111/2009. DECRETO 7.246/2010. APELAÇÕES IMPROVIDAS.

1. Agravo regimental interposto pela Aneel prejudicado pelo julgamento do mérito da controvérsia.

2. Preliminares de litisconsórcio passivo necessário da União e de falta de interesse de agir da impetrante rejeitadas.

3. A Lei 12.111/2009 (que dispõe sobre o serviço de energia elétrica dos Sistemas Isolados) manteve a Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistema Isolados - CCC-ISOL para subsidiar os custos decorrentes da aquisição de combustíveis para a geração de energia elétrica por fontes termelétricas nos sistemas isolados, prevendo, nos termos do § 2º de seu art. 3º, previu a inclusão no custo total de geração de energia elétrica dos demais custos diretamente associados à prestação do serviço e que não estavam previstos nos incisos de seu § 1º. O Decreto 7.246, de 28/07/2010 que a regulamenta reitera, em seu artigo 11, o reembolso dos custos relativos ao preço dos combustíveis para geração de energia elétrica.

4. Tanto a Resolução Normativa nº 347/2009 quanto a de nº 427/2011 contrariam a legislação em vigor. Tendo a Lei que rege a matéria imposto a adoção do reembolso pelo custo efetivo do combustível segundo os valores constantes na fatura, não poderia a Aneel, por intermédio de normas infralegais, impor critérios não previstos pelo legislador e, sobretudo, em prejuízo das usinas termelétricas sob pena de ferir a necessária garantia de continuidade dos serviços públicos e interferir no equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Precedentes.

5. "Não encontrando as autoras outros fornecedores de combustível dispostos a atender sua demanda, o valor da compra junto à BR Distribuidora deve ser integralmente ressarcida, sendo desarrazoado reduzir de forma fictícia tal reembolso, em se tratando de fornecedor sobre controle da própria União. VI - Não podendo admitir a empresa privada em

operar com prejuízo, óbvio que repassará o custo não ressarcido ao consumidor final, encarecendo o preço de consumo de energia elétrica.” (TRF1, AC 0034652-48.2009.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1 p.2429 de 29/05/2015).

6. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que o mandado de segurança não é meio adequado para pleitear a produção de efeitos patrimoniais anteriores à impetração: “O Mandado de Segurança não é a via adequada para a obtenção de efeitos patrimoniais pretéritos à impetração do writ, nos termos da Súmula 269/STF, segundo a qual “o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”, bem como da Súmula 271/STF: “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”. Precedentes.” (STJ, AgRg no RMS 47.638/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 18/11/2015).

7. Pedido de concessão de tutela de urgência deferido para determinar à Eletrobrás e à Aneel que observem o comando contido no presente acórdão, que substitui a sentença apelada para reconhecer o direito líquido e certo da empresa Rio Amazonas Energia S.A. ao reembolso da CCC-ISOL nos termos do artigo 3º da Lei 12.111/2009 e do artigo 11 do Decreto 7.246/2010, afastando a incidência das Resoluções Normativas 347/2009 e 427/2011 da Aneel. Como consequência, o fluxo dos repasses correntes do Fundo Setorial CCC deverá ser imediatamente regularizado, impondo-se, em caso de descumprimento injustificado, multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

8. Agravo regimental da Aneel prejudicado. 9. Remessa oficial e apelações da Rio Amazonas Energia S.A. e da Eletrobrás a que se nega provimento. (AC 0029183-21.2009.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES, QUINTA TURMA, e-DJF1 de 01/03/2016) [...]. (Destaquei)

Análise pontual da hipótese constante dos autos

Na hipótese dos autos, ao examinar os argumentos da Aneel e também considerar as razões das agravadas, vislumbro a probabilidade do direito postulado, como também a crescente configuração do risco de prejuízo de inserta e difícil reparação.

Observo que a agravada almeja, essencialmente, a atualização do valor de reembolso de combustível que recebe da Aneel e ampara essa pretensão, como visto, na (1) demonstração da quantidade de combustível que utiliza; (2) na indicação do preço do combustível que adquire no mercado; (3) na evolução decrescente do valor do reembolso recebido da Aneel; (4) na dicção expressa de cláusula contratual que prevê a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; (5) no agravamento dos prejuízos que afirma já estar sofrendo — e, pelo menos em princípio, configurado nos autos —, com a iminência de não conseguir atender aos despachos do ONS, e, em consequência, expor-se às penalidades contratuais e à vulneração do procedimento de recuperação judicial em que se encontra.

Assim, parece-me certo a existência do *an debeatur*, em razão da coerência entre os fatos colacionados aos autos e os argumentos de direito apresentados.

Todavia, a fixação do valor de reembolso que contemplaria o integral ressarcimento das despesas de combustível, como pretendido, é mister que demanda aferição e cálculo por via de metodologia pericial-probatória, o que não é possível na via restrita do agravo de instrumento, razão pela qual, indefiro o pedido principal.

Passo à análise do pedido subsidiário. A agravante busca sucessivamente decisão judicial que lhe assegure não gerar energia neste ambiente contratual que se encontra, bem como não ser compelida a pagar multas em decorrência disso.

O pedido subsidiário, de tão peculiar, por si só, já demonstra a realidade que deve estar submetida a agravante, a ponto de buscar guarida judicial para suspender suas atividades econômicas paralisando a sua geração de energia, o que só seria minimamente crível, em um ambiente de extrema adversidade comercial para a mesma.

Contudo, mesmo sendo forçoso admitir como inusitado o pedido subsidiário da agravante, entendo que é pertinente e cabível a concessão de tutela de urgência no que diz respeito ao pedido de que não seja compelida, se for o caso, a gerar energia em contexto de comprovado prejuízo causado pelo reembolso a menor do COMB, bem como o afastamento de qualquer penalidade que eventualmente venha a ser aplicada nessa hipótese.

Nesse contexto, na forma das razões que antes alinhei e a partir desse conjunto de argumentos de fato e de direito, reputo que estão demonstrados pela agravante, pelo menos nesse momento, os pressupostos que, em parte, autorizam concessão da tutela de urgência requerida.

Pelo exposto, defiro em parte a antecipação dos efeitos da tutela recursal para tão somente assegurar à agravante o direito de não ser compelida à geração de energia neste ambiente de prejuízo causado pela diferença entre o preço do combustível adquirido no mercado e o valor de reembolso pago pela Aneel, relativo ao CCOMB, bem como, para determinar que as partes agravadas, ONS, Aneel e a CCEE, abstenham-se de aplicar qualquer penalidade à agravante em caso de impossibilidade de geração de energia que seja causada, pontualmente, pela condição de prejuízo na produção de energia, resultante do recebimento a menor do CCOMB, sem prejuízo de nova análise na hipótese de eventual recomposição destes custos por parte da Aneel.

(Agravo de Instrumento 0072219-84.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Kassio Marques, e-DJF1 de 27/06/2017, p. 879)

Agravo de Instrumento 0030468-83.2017.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão proferida pelo juízo monocrático, deferindo o pedido de antecipação da tutela formulado nos autos de ação, em que se busca o fornecimento de medicamentos para tratamento de saúde, conforme prescrição médica.

Em suas razões recursais, sustenta a recorrente, em resumo, a ilegitimidade da pretensão deduzida nos autos de origem, impondo-se, assim, a suspensão da decisão agravada.

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, possibilitando ao autor da demanda o exercício do seu direito à vida e à assistência médica, como direito fundamental assegurado em nossa Carta Magna, deve ser garantido pelo Poder Público 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).

Ademais, 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)

Nesse sentido, verificam-se, ainda, os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. SÚMULA N. 636 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado de fornecê-los. Precedentes.

2. Incidência da Súmula n. 636 do STF: “não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI 616551 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/10/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00092 EMENT VOL-02301-15 PP-03120)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DESCENTRALIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA ESTADO DO PIAUÍ. TRATAMENTO MÉDICO CIRURGICO.

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SUS. SAÚDE. DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E DIFUSO, CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO.

I - A União Federal e os Estados, solidariamente com o Distrito Federal e os Municípios, estão legitimados para figurarem nas causas em que se objetiva tratamento médico, em razão de comporem o Sistema Único de Saúde - SUS. Precedentes do STJ e do STF.

II - A saúde, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, é direito de todos e dever do Estado, como na hipótese dos autos, onde foi assegurado ao agravado, portador de câncer, sendo seu estado de saúde bastante grave e havendo sério risco de morte, necessitando, portanto, dos procedimentos médicos adequados e do fornecimento gratuito de medicamentos para o seu tratamento.

III - Agravo regimental desprovido.

(AGA 2009.01.00.063368-9/PI, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 p.1460 de 11/05/2012)

Acerca da suposta afronta à separação dos Poderes, o Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento no sentido de que é possível *“o Poder Judiciário vir a garantir o direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento da sobrevida e a melhoria na qualidade de vida da paciente”* (STA 175 AgR/CE, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30/04/2010).

Há de ver-se, ainda, que na visão jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal

[...] 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 incosequente, 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/CASSR. 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 Mello, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004, p-00012, RTJ vol. 00200-01, p-00191).

Ademais, conforme restou assentado pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Suspensão de Segurança 4316/RO (Min. Cezar Peluso, DJe 13/06/2011), que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa informou que o medicamento soliris

[...] não é comercializado no Brasil e que não há nenhum outro medicamento registrado que contenha em sua formulação a substância eculizumabe", sendo que "o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo suficiente para caracterizar a ocorrência de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a Política Pública de Dispensação de Medicamentos excepcionais tem por objetivo contemplar o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis [...].

Em sendo assim, caracterizada, na espécie, a impossibilidade da autora de arcar com os custos do tratamento de sua doença, o fornecimento do medicamento, na dosagem e quantidade indicadas pelo médico responsável pelo seu acompanhamento, é medida que se impõe, possibilitando-lhe 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 ou material, prestigiando-se, ainda, os princípios da inafastabilidade de jurisdição e da razoável duração do processo (CF, arts. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, e 196, e CPC, art. 1.048, inciso I).

Registre-se, por oportuno, que, diante da sólida orientação jurisprudencial acima referida, impõe-se a concessão da tutela pretendida no feito de origem, a fim de que seja fornecido o medicamento prescrito pelo médico assistente, conforme laudo médico carreado para os autos, o qual, no exercício regular da sua profissão, responde pela correta indicação do mencionado medicamento, não cabendo ao juiz do feito interferir no âmbito dessa deliberação, de cunho eminentemente médico-científico da inteira responsabilidade do profissional médico que acompanha o paciente.

Em casos assim, há de se prestigiar o princípio *in dubio pro vita*.

Com estas considerações, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial.

(Agravo de Instrumento 0030468-83.2017.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, e-DJF1 de 27/06/2017, p. 850)

Agravado de Instrumento 0032734-43.2017.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

A Caixa Econômica Federal manifesta agravo de instrumento por meio do qual pede a reforma de r. decisão do Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, na parte em que, em ação civil pública na qual figura como uma das réus, depois de reconsiderar deliberação anterior que excluía do polo ativo da relação processual a Defensoria Pública do Estado do Amazonas, ordenou suspensão da cobrança das parcelas de financiamento de todas as unidades afetadas e determinou

[...] aos réus, solidariamente, o pagamento mensal, até o 5º dia útil de cada mês, de um salário mínimo para cada uma das famílias afetadas até que a sua respectiva moradia esteja reformada, recuperada e em condição de uso.

4.1. A presente medida começa a vigorar a partir de 07/07/2017, quinto dia útil do próximo mês, tendo vigência e eficácia até que os requeridos comprovem nos autos a realização de obras de reforma, recuperação, drenagem e esgoto nos locais afetados.

5. Fixo para cada requerido, desde já, multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por cada dia de descumprimento da presente decisão, a incidir a partir de 08/07/2017 quanto aos aluguéis. Caso seja constatado o não pagamento dos aluguéis por dez dias seguidos, será utilizado o sistema BACENJUD para o cumprimento da obrigação.

5.1. Quanto às obras de reforma, recuperação, realização de drenagem e correção de esgoto, concedo dez (10) dias aos requeridos para o seu início, incidindo a multa que também fixo em 50 mil reais por dia de descumprimento, a partir do 11º dia a contar da intimação desta decisão.

[...]

7. Por derradeiro, fica expressamente consignado que todas as obrigações, bem como a multa estabelecida, serão cobradas dos requeridos solidariamente.

8. Comunique-se ao Desembargador Federal Relator do Agravo de Instrumento a realização do presente juízo de retratação (fls. 31-36)

O documento junto por fotocópia digitalizada às fls. 209-211 põe à mostra que, em audiência de conciliação realizada aos 5 de maio próximo passado da qual participaram defensor público federal, defensor público estadual, procurador do Estado do Amazonas, presidente da Associação dos Moradores, advogados e prepostos da Caixa Econômica Federal e advogada da SUHAB, foi firmada e homologada transação, constando que, "Após todas essas considerações, as partes acordaram no seguinte:

[...]

a) A DPU apresentará até o dia 12 de maio de 2017 a relação de mil unidades residenciais dentre as unidades do Viver Melhor 1 e 2, que devem ser prioritariamente avaliadas acerca de eventual vício ou defeito de construção;

b) A CEF se compromete, até o dia 29 de setembro de 2017, a apresentar laudo de vistoria acerca das condições das unidades que compõem a relação tratada no item a, especificando se há os referidos vícios ou defeitos de construção nas unidades avaliadas;

c) O prazo para contestar a ação será iniciado após a realização de nova audiência de conciliação que fica desde logo marcada para o dia 26/10/2017 às 14h 00min;

d) As partes presentes aceitam exercer suas prerrogativas de intimação e acesso aos autos até a referida audiência, por meio de carga do processo por apenas 2 (dois) dias corridos, sob pena de mandado de busca e apreensão [...] (fls. 210).

Ao que tudo indica, a apresentação dessa relação prioritária de mil unidades pela Defensoria Pública da União tem a ver com a análise do laudo que instrui a demanda, tendo sido destacado pelo órgão:

O laudo, como sói claro de sua leitura, destaca que, das 8.895 (oito mil, oitocentos e noventa e cinco) unidades habitacionais, mais de 1.000 (mil) apresentam condições de risco à moradia, tanto por insalubridade, como por insegurança, classificando as moradias como sendo de alto risco, por conta dos "danos causados à saúde e segurança das pessoas e impacto de desempenho tecnicamente comprometido para a finalidade de utilização a que se destina, sendo necessária intervenção imediata para sanar as irregularidades no laudo de inspeção (item 5 - conclusão, Laudo [...] (fl. 189).

Não há, ou ao menos não se identifica dos elementos que compõem o instrumento, indicação de que esse acordo esteja sendo descumprido. Ao contrário, o documento reproduzido por fotocópia digitalizada às fls. 397-400, datado de 29 de junho pretérito, informa que as vistorias do Residencial Viver Melhor I e II, "com o intuito em

produzir laudos de vistorias individuais de natureza técnica, [...] transcorreram durante os meses de maio e junho e, até a presente data, alcançamos o universo de 234 (duzentas e trinta e quatro) unidades vistoriadas individualmente, com o Relatório de Vistoria Pós Ocupação preenchido” (fl. 397). Documento junto por fotocópia digitalizada de fls. 406-436, de seu turno, elaborado por Ancora – Engenharia de Estruturas Ltda., em 19 de abril de 2017, frisando que a “avaliação da estrutura do empreendimento Viver Melhor iniciou-se com a coleta de dados no campo, e na sequência através da visita do engenheiro projetista de estruturas no local do empreendimento” e que, na “última análise, tivemos condições de avaliar em um projeto similar, o comportamento da estrutura quando submetida a condições de esforços superiores aos do empreendimento de Manaus AM”, enfatizou que, em “todas as análises realizadas, verificamos que não há comprometimento da estrutura e que o sistema em parede de concreto executado, possui parâmetros de segurança elevados, garantindo a durabilidade e solidez da edificação” (fl. 436).

Esses elementos, em confronto com os termos mesmos da deliberação agravada, permitem identificar, em juízo de cognição sumária, próprio dos juízos liminares, plausibilidade nos fundamentos deduzidos no arrazoado recursal, tanto mais diante da determinação de que valores sejam imediatamente disponibilizados a título de alugueres e que obras de reforma, recuperação, realização de drenagem e correção de esgoto sejam iniciadas no exíguo prazo de dez dias, sem que se tenha um melhor detalhamento sobre em que elas consistem, como se busca no acordo entabulado e em curso de execução. Identifico, também, ao menos por ora, possibilidade de advir à agravante, até julgamento do recurso, dano de grave e incerta reparação, inclusive em virtude da multa cominada pelo juízo singular.

Em tais condições, defiro o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo.

(Agravo de Instrumento 0032734-43.2017.4.01.0000/AM, rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, e-DJF1 de 14/07/2017, p 2.968)

Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0033430-79.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Biomarin Brasil Farmacêutica Ltda. formula pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação por ela interposta de sentença que julgou improcedente o pedido formulado em ação de procedimento ordinário ajuizada contra a União, por meio da qual questiona a legalidade da imposição isonômica do Coeficiente de Adequação de Preços (CAP) sobre medicamento por ela comercializado (*naglazyme*) junto à Administração Pública.

A requerente informa que foi concedida por este Tribunal a antecipação da tutela pleiteada nos autos de origem, para suspender a incidência do CAP, sobrevivendo, no entanto, sentença que julgou improcedente o pedido.

Aduz que a sentença foi fundamentada em premissas equivocadas, não considerando a excepcionalidade do caso, único no País, considerando que se trata de empresa, cujos dois únicos medicamentos estão sujeitos ao CAP, são fornecidos exclusivamente à Administração Pública, inexistindo no mercado privado, tendo o *naglazyme* um volume ínfimo de vendas, por se tratar de fármaco destinado a tratamento de doença rara, o que difere a requerente das demais empresas que possuem medicamentos sujeitos ao CAP, visto que comercializam diversos outros produtos não sujeitos ao aludido desconto, além de realizarem venda no mercado privado.

Sustenta que a incidência do CAP sobre o *naglazyme* torna inviável a disponibilização desse medicamento no País, em prejuízo direto à coletividade e ao interesse público, uma vez que, não vendendo outros medicamentos não sujeitos a desconto nem outros produtos para o setor privado, não dispõe de mecanismos para compensar a redução de receita, sendo que o preço do fármaco em questão já foi fixado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) com base no menor preço praticado em todo o mundo.

Argumenta que o *periculum in mora* reside no risco, até mesmo de não ter mais condições de ofertar o medicamento no preço estabelecido, pois o desconto praticamente inviabiliza economicamente a sua venda no Brasil.

Pugna, pois, pelo deferimento do pedido, para determinar a imediata suspensão da aplicação do CAP ao medicamento *naglazyme*, prontificando-se a “prestar caução por meio de carta de fiança bancária no valor de R\$ 14.671.323,81 (quatorze milhões, seiscentos e setenta e um mil trezentos e vinte e três reais e oitenta e um centavos) correspondente a uma estimativa realista da incidência do CAP sobre as vendas que ainda serão feitas até o final deste ano” (fl. 24).

Decido.

Verifica-se, de início, que, nos termos do art. 1.012, § 4º, do novo Código de Processo Civil, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Nesse contexto, entendo que a pretensão da requerente merece amparo.

Com efeito, no caso dos autos, apesar da sentença de improcedência do pedido, concernente ao reconhecimento da ilegitimidade da incidência do CAP sobre o medicamento *naglazyme*, é certo que a legitimidade do ato administrativo ainda se encontra *sub judice*, sendo relevantes as alegações deduzidas no recurso de apelação, no sentido de que a aplicação do aludido desconto, considerando as especificidades do caso, viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ademais, é assente o entendimento jurisprudencial, no sentido de que a oferta de seguro garantia judicial constitui medida adequada com vistas à suspensão da exigibilidade do débito questionado em juízo.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. SEGURO GARANTIA. POSSIBILIDADE. LEI N. 13.043/2014. NORMA DE CUNHO PROCESSUAL. APLICABILIDADE IMEDIATA.

1. Discute-se nos autos a possibilidade de garantia da execução fiscal por meio de “seguro garantia judicial”.
2. A jurisprudência do STJ possuía entendimento segundo o qual não era possível a utilização do “seguro garantia judicial” como caução à execução fiscal, por ausência de previsão legal específica.

Contudo, com a entrada em vigor da Lei 13.043/2014, que deu nova redação ao art. 9º, II, da LEF, facultou-se expressamente ao executado a possibilidade de “oferecer fiança bancária ou seguro garantia”. E sendo a referida lei norma de cunho processual, possui aplicabilidade imediata aos processos em curso. Precedente.

3. Aplica-se as alterações trazidas pela Lei n. 13.043/2014 inclusive aos casos em que a decisão que indeferiu o pedido de utilização do seguro garantia se deu antes da vigência da referida norma.

Agravo regimental improvido.

(STJ: AgRg no REsp n. 1.534.606/MG – Relator Ministro Humberto Martins – DJe de 02.09.2015)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO IDONÉA. NÃO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CADIN. SUSPENSÃO DO REGISTRO. SENTENÇA MANTIDA. REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA.

1. Pretende a parte autora a imediata exclusão de seu nome do CADIN e, para tanto, oferece seguro garantia como caução do débito ora cobrado pela ANATEL que, conforme se depreende da inicial, ainda não foi objeto de inscrição em dívida ativa e nem tampouco de execução fiscal.
2. A Lei n. 10.522/2002 prevê, em seu art. 7º, I, a suspensão do registro no CADIN quando o devedor comprovar que tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei. Assim, o oferecimento pelo contribuinte de caução idônea e suficiente à garantia de futura execução fiscal equipara-se à penhora antecipada, possibilitando a suspensão do registro no CADIN.

3. Quanto à idoneidade da caução ofertada, a Lei nº 11.382/2006 acrescentou no § 2º do art. 656 do CPC, a equiparação do seguro garantia à fiança bancária e ao depósito bancário. Nesse sentido: AGA 0052238-16.2009.4.01.0000/BA; AG 2009.01.00.016427-3; AGA 2009.01.00.052164-0.

4. Remessa oficial a que se nega provimento.

(TRF da 1ª Região: REO n. 0000103-59.2012.4.01.3803/MG – Relator Desembargador Federal Kassio Nunes Marques – e-DJF1 de 24.09.2015)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. APRESENTAÇÃO DE SEGURO GARANTIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PROCESSO PRINCIPAL JULGADO IMPROCEDENTE. MANUTENÇÃO DA TUTELA. AGRAVO PROVIDO.

1. Seja para garantia do juízo em futura execução fiscal ou como garantia dos débitos tributários cuja nulidade eventualmente se pretenda discutir em ação ordinária, o devedor pode caucionar, em processo cautelar específico e autônomo, bens suficientes em ordem a que se lhe expeça CPD-EN. Nesse sentido: (TRF/1ª Região; AMS 0020074-55.2010.4.01.3300/BA, Sétima Turma, na relatoria do Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, DJ de 21/06/2013 e-DJF1, p. 1137.

2. A Portaria PGFN 1.153/2009, em seu art. 1º, é bastante clara sobre a legitimidade do seguro-garantia como caução suficiente de débitos inscritos em dívida ativa da União em processos judiciais ou administrativos. No presente caso, não paira controvérsias em relação ao fato de que o débito em questão está inscrito em dívida ativa e que o valor do seguro-garantia apresentado é superior em 30% ao débito exigido.

3. Hipótese em que não houve perda do objeto do agravo de instrumento com a prolação da sentença no processo principal, tendo-se em vista que a tutela recursal foi deferida apenas para assegurar a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, com base em seguro-garantia apresentado pela agravante.

4. Agravo a que se dá provimento.

(TRF da 1ª Região: AG n. 0044261-31.2013.4.01.0000/DF – Relator Desembargador Federal José Amílcar Machado – e-DJF1 de 06.03.2015)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DE ATIVOS FINANCEIROS - SUBSTITUIÇÃO POR SEGURO GARANTIA JUDICIAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. A Lei nº 11.382/2006, introduzindo no CPC o §2º ao art. 656, viabilizou expressamente a substituição da penhora por fiança bancária (débito a ser garantido) ou por seguro garantia judicial.

2. Como a fiança bancária tem paridade com o depósito em dinheiro (art. 9º, I, II e §3º, da Lei nº 6.830/80), reconhecida pelo STJ (MC nº 13.590/RJ), também assim ocorre com o “seguro garantia judicial”.

3. Se o Seguro Garantia Judicial é emitido conforme preconiza a norma correlata, não há porque rejeitar a substituição da penhora de ativos financeiros em EF por tal instrumento, até porque a observância da ordem de penhora ou arresto de bens (art. 11 da Lei n. 6.830/80) deve harmonizar-se com o princípio do “meio menos gravoso ao devedor”, bem como adequar-se à realidade fática de cada hipótese (existência de outros bens passíveis de penhora) e não é exaustiva (apenas enunciativa!) nem absoluta.

4. Agravo de instrumento provido. 5. Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 18 de março de 2014., para publicação do acórdão.

(TRF da 1ª Região: AG n. 0000631-85.2014.4.01.0000/PA – Relator Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – e-DJF1 de 31.03.2014)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. GARANTIA DE DÍVIDA. MULTA APLICADA EM DECORRÊNCIA DO PODER DE POLÍCIA. SUSPENSÃO DA RESPECTIVA EXIGIBILIDADE. SEGURO GARANTIA.

1. A norma inscrita no parágrafo 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil autoriza o relator a dar provimento a recurso se a decisão recorrida for manifestamente contrária a súmula ou a jurisprudência predominante na Suprema Corte ou em tribunal superior.

2. Situação ocorrente na hipótese em causa, no qual o ato jurisdicional impugnado se encontra em descompasso não apenas com a orientação jurisprudencial assente nesta Corte Regional, como de igual forma com a do eg. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o depósito judicial do valor da dívida questionada - e pela mesma razão a fiança bancária ou o seguro garantia - é medida adequada à suspensão da respectiva exigibilidade.

3. Agravo regimental não provido.

(TRF da 1ª Região: AGA n. 0045471-20.2013.4.01.0000/DF – Relator Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – e-DJF1 de 10.01.2014)

Na hipótese, aplica-se por analogia o entendimento jurisprudencial supracitado, de modo a assegurar o recebimento da diferença concernente ao CPA não aplicado sobre o produto, no caso de eventual manutenção da sentença de improcedência.

Ante o exposto, presentes os requisitos autorizadores, defiro o pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação interposta pela requerente, restabelecendo os efeitos da tutela provisória concedida, a fim de que seja suspensa a incidência do CAP ao medicamento *naglazyme*, mediante a oferta de caução idônea (depósito judicial do valor questionado ou apresentação de fiança bancária ou seguro garantia) no valor indicado pela requerente (fl. 24), até o julgamento do recurso.

(Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0033430-79.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, e-DJF1 de 12/07/2017, p. 1.857)

Agravo de Instrumento 0003670-85.2017.4.01.0000/AP

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Amapá, nos autos do cumprimento de sentença arbitral estrangeira (STJ 1143/2015) ajuizada por Asia Steel & Metals Limited em desfavor de Mineração Vila Nova Ltda.

Na decisão agravada, o juízo monocrático revogou, em parte, o *decisum* inicialmente proferido nos aludidos autos, em que fora determinado o arresto de minério de crome armazenado na Companhia Docas de Santana, em nome de Hanna Vila Nova Ferrous Ltda. e determinou a penhora de minério de ferro, localizado no pátio da Mineração Vila Nova Ltda., Mina do Samacá, no Município de Mazagão/AP, em quantidade suficiente para a garantia da dívida. Manteve-se, ainda, o reconhecimento da ocorrência de grupo econômico entre Mineração Vila Nova Ltda. e Hanna Vila Nova Ferrous Ltda., caso não seja apresentada a documentação comprobatória da alegada transferência parcial de direitos minerários. A empresa Grencole International AG foi admitida como assistente litisconsorcial.

Em suas razões recursais, sustenta a recorrente, em resumo, que o minério de crome arrestado ainda se encontra sob o domínio de Hanna Vila Nova Ltda., uma vez que não teria ocorrido a tradição do bem para a compradora (Grencole International AG). Afirma que o minério de ferro oferecido pela Mineração Vila Nova Ltda. não constitui garantia de pagamento do débito, pois inexistente laudo técnico sobre a qualidade e a quantidade efetivamente estocada na mina da devedora. Assevera que, mesmo que ficasse comprovada a existência da quantidade relatada pela devedora, não seria suficiente para a quitação do débito, tendo em vista o valor inferior do minério de ferro e a necessidade de transporte do minério para o porto. Acrescenta que é provável que o referido minério de ferro desapareça logo após o embarque do minério de cromo *"já que o minério de ferro está localizado na mina da MVN que, além de obviamente estar no exclusivo controle da MVN, é de difícil acesso e fica na área rural de Mazagão, interior do Amapá."*

Por fim, informa que a mercadoria armazenada na Companhia das Docas de Santana deve ser embarcada a partir de hoje, no navio M/V Cielo di Palermo, o qual deverá desatracar do porto de Santana/AP em 30/01/2017. Requer, portanto, a antecipação da tutela recursal para revogar a decisão agravada e determinar novamente o arresto de todo o minério armazenado na Companhia das Docas de Santana de posse/titularidade da Hanna/MVN/Grencole, expedindo-se os ofícios necessários para o cumprimento da ordem liminar.

Por decisão datada de 27 de janeiro de 2017, o eminente Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves (convocado) deferiu o pedido de antecipação da tutela recursal, nestes termos:

Em que pesem os fundamentos lançados na decisão agravada, merece prosperar a medida de urgência recursal, uma vez que a propriedade do minério de cromo arrestado permanece com Hanna Vila Nova Ltda., porquanto ainda não houve a tradição do bem móvel, consoante dispõe o art. 1.267 do Código Civil. O próprio contrato firmado entre a vendedora e Grencole International AG, na cláusula 9, prevê a responsabilidade daquela pelos bens até seu embarque no navio, denunciando, assim, o momento da transferência de propriedade. No mesmo sentido, a cláusula 7 determina que, até o embarque da mercadoria, os riscos correrão pelo vendedor (fl. 993). Além disso, o armazenamento do minério na Companhia das Docas de Santana foi feito em nome da vendedora.

De igual modo, assiste razão à recorrente no que diz respeito à impossibilidade de substituição do minério de cromo pela oferecido minério de ferro. Isso porque não ficaram sequer comprovados nos autos a quantidade, a qualidade e o valor do minério ofertado pela Mineradora Vila Nova Ltda. Os documentos acostados aos autos não se prestam para tanto. Ademais, o título executivo judicial ora executado se refere justamente a contrato de compra e venda de minério de cromo, firmado entre Mineração Vila Nova Ltda. e a agravante, o qual também sairia do porto de Santana/AP, mas que foi recusado pela compradora, nos termos do contrato, por qualidade do produto inferior à esperada (fls. 194/216).

Há vários indícios de manobras da Madeireira Vila Nova Ltda. para furtar-se do adimplemento da obrigação imposta pela sentença arbitral, sem falar nos diversos recursos interpostos quando da contestação da sentença arbitral estrangeira junto ao Superior Tribunal de Justiça. A carga inicialmente arrestada mostra-se como a primeira possibilidade em anos de recebimento de seu crédito, de modo que tal garantia não pode ser substituída por mercadoria sem qualquer equivalência com a original, no que tange principalmente ao seu valor e à certeza de sua idoneidade.

Assim, resta demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou a relevância da fundamentação apresentada pela recorrente, a justificar a excepcional modificação da decisão agravada. Por outro lado, a necessidade da decisão neste momento é clara, haja vista a proximidade de embarque da carga, o que levaria à transferência de propriedade do bem.

Em face do exposto, a teor do art. 1.019 do Código de Processo Civil, *defiro a antecipação da tutela recursal*, para determinar novamente o arresto de todo o minério armazenado na Companhia das Docas de Santana em nome de Hanna Vila Nova Ltda [...].

A recorrida Mineração Vila Nova Ltda. veiculou pedido de reconsideração, destacando que, diferentemente do que restou noticiado na inicial, na espécie dos autos, além de não restar caracterizada a aventada confusão patrimonial, não se configurou o encerramento de suas atividades nem a suposta tentativa de se furtar do pagamento da obrigação executada. Acrescenta, ainda, que os mandados de citação não teriam sido cumpridos, em decorrência de inércia da exequente em fornecer os meios necessários para o cumprimento da ordem. Assevera, também, que, no caso, teria ocorrido cerceamento de defesa, uma vez que não tomou prévio conhecimento do pedido de descon sideração da personalidade jurídica. Aduz, por fim, que o minério arrestado pertence, agora, à empresa Glencore International Ag., estando o bem apenas armazenado em nome de Hanna Vila Nova Ferrous Ltda., junto à Companhia das Docas de Santana/AP. Informa que a mercadoria deve ser embarcada até 27 de janeiro de 2017, no navio M/V Cielo di Palermo. A fim de evitar prejuízos, defende a substituição desse bem por 200.000 toneladas de minério de ferro, de propriedade da executada, segundo oferta que ela mesma fez na instância de origem. Requer, pois, o deferimento da antecipação da tutela recursal com o cancelamento do arresto, a substituição pela garantia oferecida pela executada e a liberação da mercadoria para embarque na mencionada data.

Nessa mesma linha de argumentação, foram interpostos agravos internos por Hanna Vila Nova Ferrous Ltda. e Glencore International Ag., pugnando pela reforma da decisão em referência, em face dos quais a agravante apresentou suas contrarrazões recursais.

Indeferido o aludido pedido de reconsideração, a empresa Hanna Vila Nova Ferrous Ltda. veiculou nova petição, insistindo na reconsideração do mencionado *decisum*, mormente em face do lapso temporal decorrido deste a sua prolação e os reflexos negativos daí decorrentes, seja em relação a uma solução definitiva da pendência, seja em função dos problemas de armazenamento da expressiva quantidade de minério arrestada, que se encontra, atualmente, nas reduzidas instalações do terminal portuário da Companhia Docas de Santana sem a devida destinação, daí resultando questões alusivas à responsabilidade pelo pagamento desse armazenamento, que poderá, inclusive, alcançar montante superior ao próprio crédito exequendo, diante da indefinição noticiada.

Diante da situação fática atual noticiada nos presentes autos decorrente do arresto do minério de cromo, inicialmente ordenado pelo juízo monocrático e posteriormente revigorado no bojo do presente agravo de instrumento, impõe-se, na espécie, o reexame da pretensão recursal aqui veiculada, diante da sua substituição pela constrição de minério de ferro, conforme determinado na decisão agravada.

Com efeito, em virtude do arresto em referência, o aludido minério de cromo, que se encontrava na iminência de ser embarcado para o exterior, eis que adquirido pela empresa Glencore International Ag., encontra-se armazenado, por considerável lapso temporal, junto ao terminal portuário de Santana, no Estado do Amapá, circunstância essa que, dada a natureza da sua composição, poderá colocar em risco a própria saúde da população ribeirinha ali existente, a desautorizar a sua permanência, naquele local, prestigiando-se, assim, a eficácia do princípio da precaução, que, em casos assim, recomenda privilegiar-se o direito fundamental à saúde pública.

De outra banda, não se pode olvidar que os elementos carreados para os presentes autos revelam que, em princípio, o minério de ferro ofertado pela devedora afigura-se suficiente à garantia do débito, conforme constatado pelo juízo monocrático, não se podendo inferir, de plano, sua imprestabilidade para essa finalidade.

Com estas considerações, no exercício do juízo de retratação, defiro o pedido de reconsideração formulado pela recorrida e torno sem eficácia, por conseguinte, a decisão inicialmente proferida nestes autos, com o consequente restabelecimento dos efeitos da decisão agravada, restando prejudicados os agravos internos interpostos.

Oficie-se, com urgência, via *e-mail*, ao juízo monocrático, para fins de ciência e cumprimento desta decisão, na dimensão eficaz do art. 1.008 do CPC, devendo, para tanto, proceder ao arresto do minério de ferro ofertado pela agravante, em substituição ao minério de cromo descrito nos autos, com observância das formalidades legais. Após a formalização do respectivo auto de arresto, proceda-se ao levantamento da constrição do minério atualmente arrestado (minério de cromo).

(Agravo de Instrumento 0003670-85.2017.4.01.0000/AP, rel. Des. Federal Souza Prudente, *e-DJF1* de 10/07/2017, p. 152)

Agravo de Instrumento 0032472-93.2017.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves (convocado)

1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da ação ajuizada por Adecoagro Vale do Ivinhema S/A contra a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel e outros, em que se busca a concessão de tutela de urgência, no sentido de que as promovidas se abstenham de imputar à agravante qualquer contabilização, liquidação, débito, obrigação de depósito ou de aporte de garantias financeiras, liquidação de qualquer valor, compensação com seus créditos, suspensão, contingenciamento ou não realização (integral ou parcial) de seus créditos, penalidade, ônus, gravame, sanção, imputação de inadimplência, restrição a direito ou impacto oneroso em decorrência do efeito de decisões judiciais proferidas em processos judiciais de terceiros, em relação às quais não integre a relação material e das quais não é parte, deixando de onerar, de qualquer modo, os créditos e débitos a ela atribuíveis.

Na decisão agravada, o juízo monocrático indeferiu o pedido em referência, ao argumento de que não se vislumbraria, no caso, elementos a evidenciarem a probabilidade do direito da autora.

Em suas razões recursais, insiste a recorrente na concessão da medida postulada, reiterando os fundamentos deduzidos no feito de origem, a fim de que seja restabelecida a eficácia da anterior decisão proferida no feito de origem que concedeu a medida acautelatória pretendida, ao argumento de que a próxima liquidação na CCEE ocorrerá no dia 11/07/2017.

Os presentes autos foram distribuídos à colenda Quinta Turma deste egrégio Tribunal, sob a relatoria da eminente Desembargadora Federal Neuza Alves, vindo-me conclusos, nos termos do art. 123, inciso I, do RITRF 1ª Região, em virtude do afastamento eventual do juiz convocado, que atualmente substitui sua excelência, conforme certidão lançada nos autos, à fl. 1.030.

2. A tutela pretendida no feito de origem reveste-se de natureza nitidamente cautelar, como assim previsto nas disposições do art. 294, e respectivo parágrafo único, do novo CPC, a justificar a sua concessão.

Em caso similar, já foi decidido no sentido de que as decisões judiciais de que foram beneficiados outros agentes do setor energético têm por suporte a suposta onerosidade excessiva do contrato celebrado entre as partes, decorrentes de atos supervenientes, extraordinários, inevitáveis e de consequências incalculáveis, sem a correspondente adoção, pelo poder concedente, das medidas necessárias, com vistas à manutenção das condições em que se amparou a proposta por elas apresentadas, na linha, inclusive, das conclusões a que chegou o Tribunal de Contas da União nos autos do TC 13.099/2014-0.

Assim posta a questão e desde que a requerente se encontra na mesma situação dos demais agentes, não se pode admitir, em princípio, que suporte ônus dos provimentos judiciais que favoreceram aquelas outras empresas, que sequer participaram da relação processual instaurada nos autos das respectivas demandas. Nesse sentido, já decidiu esta 5ª Turma, entre outros, nos AI 0053747-69.2015.4.01.0000-DF e AI 53801-35.2015.4.01.0000-DF, julgados em 27/04/2016, da relatoria do Sr. Desembargador Federal Souza Prudente.

É bem verdade que há orientação em sentido diverso da 6ª Turma deste Tribunal. Até que seja suscitado o incidente de assunção de competência a que se refere o art. 947 do Código de Processo Civil, haverá divergência entre as turmas e não é razoável que, em caso submetido ao juízo natural da 5ª Turma, não seja tomada agora a mesma decisão a ser proferida a final.

3. Em face do exposto, *defiro* o pedido de antecipação da tutela recursal, resgatando-se os efeitos da antecipação de tutela outrora proferida.

(Agravo de Instrumento 0032472-93.2017.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves (convocado), *e-DJF1* de 12/07/2017, p. 1.746)

Agravo de Instrumento 0030000-22.2017.4.01.0000/PI

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação de tutela, interposto por Avelar de Castro Ferreira, contra decisão proferida pelo Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de São Raimundo Nonato/PI que, em sede de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa 0001424-69.2016.4.01.4004, recebeu a petição inicial e determinou sua citação.

A parte ora agravante alega, em síntese, que os atos por ele praticados em momento algum foram dotados de qualquer irregularidade ou ilegalidade, não tendo sequer participado do ato de habilitação das empresas licitantes; que os documentos juntados constata a sua total ausência de legitimidade para responder a esta demanda, motivo pelo qual deverá a decisão ser reformada para decretar sua ilegitimidade passiva, excluindo-o da lide. Assevera que a verificação da legitimidade passiva de réu é matéria a ser analisada no ato de recebimento da inicial, pois é nesta etapa processual que o julgador também deve analisar os pressupostos processuais e as condições da ação, elementos inerentes a todo e qualquer tipo de ação, que podem, inclusive, ser verificados a qualquer momento processual. Diz que no caso vertente, ele de fato autorizou e celebrou o contrato de fornecimento do transporte escolar, mas que, no entanto, se de fato existiu a subcontratação integral, a existência de tal fato não pode lhe ser imputada, eis que a gestão da pasta de educação era realizada pela sua secretária municipal — correu no feito originário —, e a tarefa de fiscalização dos serviços da educação é tarefa precípua do secretário de educação, e não do prefeito municipal.

Nesse ponto, adita que se é dada autonomia à secretária de educação de inclusive repactuar valores contratuais, como se verifica da documentação anexa, fica demonstrado que a mesma age em nome próprio enquanto gestora e ordenadora de despesas da pasta deixada a seu cargo, cabendo a ela fiscalizar a boa e lisa execução dos serviços de docência, merenda escolar, transporte escolar e etc.

Afirma ser impossível se vislumbrar uma omissão sua, visto que não tinha o dever de fiscalizar os serviços fornecidos à educação municipal, tarefa esta da indigitada secretária; que não se tem qualquer notícia dentro do processo de que ele sabia da existência de possível subcontratação pela empresa contratada, não tendo a mesma lhe passado tal situação, pois a mesma era desconhecida dentro do município, visto que o pagamento era feito à empresa contratada, e não a subcontratados.

Ressalta que a jurisprudência pátria não aceita a teoria da responsabilidade objetiva para fins de responsabilização do prefeito por irregularidades cometidas pelos seus delegados, quando o chefe do executivo não tiver participado ou não tenha ciência do ocorrido. Pugna pelo provimento do agravo de instrumento para que “*in limine*”, determine a exclusão do *agravante* do polo passivo da demanda originária, visto a sua ilegitimidade passiva para responder aos fatos que lhe são imputados, pois não participou dos mesmos, estando demonstrado o seu direito evidente ao requisitado, assim como o perigo da demora na concessão da tutela vindicada, pois comprovada a hipótese do art. 485, VI, do CPC” (fl. 32).

É o breve relatório. Decido.

Compulsando os autos, não vislumbro relevância nas alegações do presente agravo de instrumento que reclame a excepcional concessão de efeito suspensivo ao recurso. Inicialmente, anoto que o recebimento da inicial não é o momento processual próprio para analisar todas as arguições e provas elencadas pelas partes. Dito de outra forma, a questão da ilegitimidade passiva, conforme sustentada pelo ora agravante, por envolver o enfrentamento do próprio mérito da questão sob exame, não pode nem deve ser enfrentada na decisão que recebe ou não a peça exordial.

Corroborando o entendimento *supra*, *inter plures*, colaciono os seguintes arestos de julgados desta Corte Regional, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. INOCORRÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA, INÉPCIA DA INICIAL OU ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRESENÇA DE INDÍCIOS. QUESTÕES DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE DE ESGOTAMENTO. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS.

Omissis.

3. O momento processual do recebimento da inicial não é o próprio para o esgotamento das questões de mérito. São analisadas, sumariamente, as alegações das partes e a probabilidade da ocorrência de atos de improbidade (indícios).

4. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF1. AG 0026003-02.2015.4.01.0000/BA, Quarta Turma, Rel. Des. Federal Hilton Queiróz, e-DJF1 de 11/03/2016 - grifei).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDÍCIOS SUFICIENTES DA EXISTÊNCIA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXERCÍCIO CUMULATIVO DE CARGO EFETIVO E DE FUNÇÃO DE CONFIANÇA. CONTAGEM DE PRAZO PRESCRICIONAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

Omissis.

2. A preliminar de ilegitimidade passiva 'ad causam' quando se confunde com o próprio mérito da causa deve com ele ser analisada.

3. Agravo de instrumento não provido.

(TRF1. AG 0066321-90.2016.4.01.0000/DF, Terceira Turma, Rel. Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada), e-DJF1 de 31/03/2017 - destaques nossos).

Cumpra registrar, nesse ponto, que a decisão agravada bem rechaçou essa preliminar quando asseverou que "a ilegitimidade passiva arguida pelo réu Avelar Ferreira também resta insustentável, tendo em vista que a tese do requerido de que não autorizou a contratação de nada sabidamente superfaturado, e não era fiscalizador dos serviços da educação municipal (fl. 216), é matéria de mérito, pelo que a referida alegação deve ser analisada após a instrução processual. *Afasto a preliminar de ilegitimidade passiva*" (cópia do *decisum* à fl. 39 – destaques no original).

D'outro turno, ressalto que, para o recebimento da peça inaugural, preconiza o art. 17, § 8º, da Lei 8.429/1992, com a redação dada pela MP 2.225-45/2001, que o magistrado somente poderá rejeitar a inicial da ação civil pública por ato de improbidade administrativa se cabalmente demonstrada a improcedência da ação, a inexistência do ato de improbidade administrativa ou a inadequação da via eleita.

O art. 17, § 8º, da Lei 8.429/1992, dispõe que:

Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita [...].

Na decisão impugnada consta que há nos autos indícios de possível prática de atos de improbidade administrativa, de modo que a inicial deve ser recebida, aplicando-se o princípio *in dubio pro societate*, permitindo-se às partes a completa instrução na fase processual própria. Transcrevo trechos da decisão impugnada, nos quais os multicitados indícios foram delineados, *in verbis*:

Vale registrar que os contratos 011/2013 e 012/2013 firmados entre a o Município de São Raimundo Nonato/PI e a firma LINE TURISMO LTDA., na pessoa de sua representante LÍVIA DE OLIVEIRA SARAIVA, não preveem qualquer possibilidade de subcontratação do objeto contratado (Anexo II), estando expresso, inclusive, que a prefeitura teria o direito de rescindir unilateralmente o contrato nos casos do art. 78 da L. 8.666/1993, dentre os quais se inclui a subcontratação não prevista no contrato (inciso V [...] (fls. 39-43).

Com efeito, há, na hipótese dos autos, indícios de que a parte-ré, ora agravante, tenha causado prejuízo ao Erário e violado princípios basilares da Administração Pública, tais como a publicidade, a legalidade, a moralidade e a impessoalidade, o que aponta para a possível prática de atos de improbidade administrativa.

Nesse diapasão, ao contrário do alegado no presente recurso — que o ex-prefeito não pode ser responsabilizado por irregularidades cometidas pelos seus delegados —, tendo em vista que o entendimento jurisprudencial assente, tanto nesta Corte Regional como no STJ, também reconhece que ao gestor municipal, à época dos fatos tidos como ímprobos, enquanto ordenador de despesas, competia autorizar os pagamentos obedecendo às formalidades exigidas, razão pela qual não pode, por óbvio, eximir-se de qualquer responsabilidade. Lado outro, a decisão que recebe a inicial da ação de improbidade administrativa deve reconhecer, de plano, a existência de indícios razoáveis da prática de atos ímprobos, bem como dos seus responsáveis e beneficiários, não necessitando, porém, analisar a existência ou não de dolo e de boa-fé, uma vez que essas questões serão analisadas no decorrer do processo, mediante a produção de provas.

Portanto, a decisão que recebe a ação de improbidade não precisa ser extensa, mas é necessário que tenha um mínimo de fundamentação, ainda que concisa, como estabelece o art. 93, IX, da Constituição da República.

Nesse aspecto, tanto o STJ quanto esta Corte Regional decidiram que:

PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PETIÇÃO INICIAL. RECEBIMENTO. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE COMETIMENTO DE ATO ÍMPROBO. IN DUBIO PRO SOCIETATE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

Omissis.

5. Nos termos do art. 17, § 8º, da Lei 8.429/1992, a presença de indícios de cometimento de atos previstos na referida lei autoriza o recebimento da petição inicial da Ação de Improbidade Administrativa, devendo prevalecer na fase inicial o princípio do 'in dubio pro societate'. [...].

Omissis.

(STJ. REsp 1655381/PE, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 06/04/2017, DJe 25/04/2017).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. ACÓRDÃO AFIRMOU O COMETIMENTO DE IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS. IN DUBIO PRO SOCIETATE. PRESENÇA DE ELEMENTO SUBJETIVO. AFERIÇÃO DO DANO AO ERÁRIO. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL.

1. A controvérsia suscitada no presente recurso diz respeito à presença ou não de indícios suficientes de prática de ato de improbidade administrativa a autorizar o recebimento da petição inicial.

2. Constatada a presença de indícios da prática de ato de improbidade administrativa, é necessária instrução processual regular para verificar a presença ou não de elemento subjetivo, bem como do efetivo dano ao erário, sendo que "para fins do juízo preliminar de admissibilidade, previsto no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei 8.429/1992, é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do in dubio pro societate, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público". (AgRg no REsp 1384970/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 29/09/2014) Precedentes.

3. O acórdão recorrido reconheceu, expressamente, que houve "irregularidade administrativa perpetrada pela administração municipal". No entanto, entendeu que a petição inicial não deveria ser recebida, pois "não se verifica nos autos indícios de que o erro trouxe prejuízos patrimoniais ou estivesse eivado de dolo ou má-fé".

4. De acordo com a jurisprudência desse Sodalício, é necessária regular instrução processual para se concluir pela configuração ou não de elemento subjetivo apto a caracterizar o noticiado ato ímprobo. Precedentes do STJ. Omissis.

6. Agravo interno não provido.

(STJ. AgInt no REsp 1614538/GO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/02/2017, DJe 23/02/2017 - destaques nossos).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUSPENSÃO DO PROCESSO ORIGINÁRIO. DECISÃO DO STF NO RE 852.475/SP. NÃO ENQUADRAMENTO NO CASO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INDÍCIOS SUFICIENTES DA EXISTÊNCIA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

Omissis.

4. Havendo indícios suficientes da prática de ato de improbidade administrativa, não que se falar em ausência de justa causa para o recebimento da petição inicial.

5. Questões relativas ao mérito, como a presença ou não de dolo/culpa na conduta devem ser analisadas quando do julgamento da ação originária, uma vez que requerem o exame aprofundado de provas, inviável na via do agravo de instrumento.

6. Agravo de instrumento não provido.

(TRF1. AG 0064554-17.2016.4.01.0000/DF, Terceira Turma, Rel. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada), e-DJF1 de 24/03/2017).

No caso, a decisão agravada se encontra devidamente fundamentada, na medida em que restou afirmada a existência de indícios suficientes da prática do ato de improbidade administrativa, hábil a autorizar o processamento da ação.

Dessa forma, mostra-se perfeitamente admissível o processamento da ação, sendo que na fase instrutória se aferirá a responsabilidade da parte requerida, ora agravante, com a observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Repiso, por derradeiro, que as questões relativas às prejudiciais de mérito, assim como ao mérito propriamente dito, devem ser dirimidas na ação originária, após a instrução processual, tendo em vista que a solução definitiva dessa matéria só seria possível após o exame aprofundado de provas, colhidas e a colher, na fase instrutória.

Ante o exposto, indefiro a antecipação da tutela recursal pleiteada.

(Numeração única: 0030000-22.2017.4.01.0000, rel. Des. Federal Ney Bello, e-DJF1 de 21/07/2017, p. 553)

Agravo de Instrumento 0035169-87.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Trata-se de pedido de efeito suspensivo formulado em agravo de instrumento interposto pela União com o propósito de suspender os efeitos da decisão proferida pelo *Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal* que deferiu medida liminar nos autos do Mandado de Segurança 27460-83.2017.4.01.3400 para sustar os atos praticados pelo diretor-geral do Departamento Nacional de Polícia Penitenciária (Depen) e pela diretora do Sistema Penitenciário Federal que, desde 29/05/2017, impediam as visitas íntimas e sociais com contatos físicos do impetrante — *Márcio dos Santos Nepomuceno*, preso na penitenciária federal de segurança máxima de Mossoró/RN — por entender que a medida constitui sanção de natureza coletiva vedada pelo art. 45, § 3º, da Lei 7.210/1984.

A agravante requer a suspensão da decisão, *inaudita altera pars*, por entender que ela interpreta equivocadamente o ato administrativo, ignora as razões de segurança pública que o motivaram e desconsidera o risco iminente a que estão submetidos os agentes públicos que atuam no âmbito do sistema penitenciário federal.

Alega que a suspensão temporária das visitas íntimas com contatos físicos não veda as visitas realizadas em parlatório e por videoconferência nem tampouco constitui sanção disciplinar coletiva ou ato de natureza obscura ou arbitrária, uma vez que se trata de medida adotada para preservar a ordem pública, a vida, a segurança e a integridade física dos agentes penitenciários, uma vez que investigações apontam que este expediente seria utilizado para a difusão de mensagens entre presos e familiares com o propósito de coordenar organização criminosa voltada ao tráfico de drogas, lavagem de dinheiro e planejamento de homicídios que, desde setembro de 2016, já teriam ensejado três assassinatos de agentes públicos ligados ao sistema penitenciário federal.

Sustenta a agravante que o ato está devidamente motivado em consistentes razões de segurança pública e em total conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Acrescenta que quando da renovação do período de suspensão de visitas íntimas, ao contrário do alegado pelo preso Márcio dos Santos Nepomuceno no citado mandado de segurança, o Depen, no Despacho 2.371/2017/GAB Depen/Depen, prorrogou *apenas* a medida suspensiva das *visitas sociais e íntimas que possibilitam contato físico*, sendo permitida as visitas realizadas em parlatório e por sistema de videoconferência. (Cópia à fl. 65.)

É o relatório, no que interessa a este momento processual.

Na hipótese vertente, as razões fáticas apontadas pela agravante demonstram que os atos praticados pelo diretor-geral do Depen e pela diretora do Sistema Penitenciário Federal envolvem elementos circunstanciais excepcionais.

Ao editarem ato que suspende, em caráter provisório, o direito de visitas sociais e íntimas dos presidiários que se encontram nas 4 (quatro) penitenciárias federais (Catanduvas/PR, Campo Grande/MS, Porto Velho/RO e Mossoró/RN), justificaram que a motivação foi preservar a vida, a integridade física e a segurança dos agentes penitenciários em razão dos eventos críticos, inclusive, amplamente divulgados pela mídia, como o assassinato da psicóloga do presídio de Catanduvas, Melissa Almeida: morta em uma emboscada ao voltar para sua casa, com 2 tiros na cabeça. A suspeita da Polícia Federal é que o crime foi encomendado pelo PCC. Além disso, em menos de 3 meses, dois outros servidores do SPF foram brutalmente assassinados em decorrência de estarem no exercício de suas funções públicas, nas cidades de Mossoró/RN e Cascavel/PR.

Portanto, entendo que a medida tomada pelo Depen, por hora, mostra-se necessária e encontra-se fundamentada, dentro do quadro excepcional apresentado, nos termos da LEP.

Pelo exposto, *defiro o pedido formulado em sede de cognição sumária*, para suspender os efeitos da decisão agravada, até o julgamento do mérito deste recurso pelo órgão judicial competente.

(Agravado de Instrumento 0035169-87.2017.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, *e-DJF1* de 25/07/2017, p. 294)

Agravado de Instrumento 0003019-87.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Paulo Antpack interpõe agravo de instrumento, com pedido de tutela de urgência, em face de decisão que, nos autos de ação ajuizada contra a União e o Estado do Rio Grande do Sul, indeferiu o pedido de antecipação da tutela, para suspender os efeitos de decisão que determinou a observância do teto constitucional remuneratório.

Afirma que foi designado para responder, temporariamente, pela serventia do 1º Tabelionato de Canoas (RS), mas, em decorrência de decisão do corregedor nacional de Justiça, foi informado, pela Corregedoria do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), que deveria submeter-se ao teto remuneratório constitucional.

Argumenta que a decisão agravada se fundamenta em três julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), os quais, todavia, não possuem efeito vinculante, tanto que diversos magistrados federais “já prolataram decisões contrárias a aplicação do Teto Constitucional aos interinos” (fl. 9), acrescentando (fl. 15):

Neste espeque, como alertado na inicial, há situação de possíveis e graves lesões ao patrimônio público, à probidade administrativa e a legalidade, tanto no âmbito nacional como estadual, pois ao considerar o interino como um preposto do Estado, assim, passível de aplicação para eles todas as regras constitucionais dos servidores.

Disso decorrem consequências e efeitos que conduzem ao inexorável afastamento da responsabilidade objetiva do interino por danos decorrentes de seus atos e de seus funcionários, passando a valer a responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do art. 37, §6º da CF.

Pede, ao final, a concessão da tutela de urgência.

Os autos foram inicialmente distribuídos ao eminente Desembargador Federal João Luiz de Sousa, que, após indeferir o pedido de antecipação da tutela recursal (fls. 288-289), revogou a decisão proferida e declinou da competência (fls. 341-342), sendo o feito a mim distribuído.

Decido.

De início, cumpre salientar que o pleito do agravante esbarra no óbice intransponível imposto pelo § 3º do art. 300 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: “A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.

O deferimento da tutela de urgência, na forma como postulada, implica a transferência dos valores pretendidos pela parte agravante ao seu patrimônio, sem qualquer possibilidade de reversão da medida, caso o pleito seja julgado improcedente, ou a sua condição de interinidade seja superada.

Assim, frente a esse argumento, o pedido liminar não merece acolhimento.

Não fosse só isso, trago à colação a mais recente compreensão externada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que, aliás, já transformou a controvérsia em tema, para julgamento da questão sob a análise de repercussão geral, *in verbis*:

Trata-se, na origem, de ação coletiva, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pela Associação de Notários e Registradores do Paraná (ANOREG – PR) em face da União e do Estado do Paraná, perante a Justiça Federal de Curitiba (fls. 3-16), com o objetivo de suspender e invalidar os itens dos itens 6, 6.1, 6.2, 6.3, 6.4, 6.5 e 6.6 da decisão do Corregedor Nacional de Justiça nos autos do Pedido de Providências 00384.41.2010.2.00.0000, abaixo transcritos:

“[...]”

6. O serviço extrajudicial que não está classificado dentre aqueles regularmente providos é declarado revertido do serviço público ao poder delegante. Em consequência, os direitos e privilégios inerentes à delegação, inclusive a renda obtida com o serviço, pertencem ao Poder Público (à sociedade brasileira).

6. 1. O interino responsável pelos trabalhos da serventia que não está classificada dentre as regularmente providas (interino que não se confunde com o notário ou com o registrador que percebe delegação estatal e que não é servidor público, cf. ADI

2602-MG) é preposto do Estado delegante, e como tal não pode apropriar-se da renda de um serviço público cuja delegação reverteu para o Estado e com o Estado permanecerá até que nova delegação seja efetivada.

6.2. O interino, quando ocupante de cargo público (cf. é verificado em alguns Estados que designam servidores do Tribunal para responder por serviços vagos), manterá a remuneração habitual paga pelos cofres públicos. Por outro lado, interino escolhido dentre pessoas que não pertencem ao quadro permanente da administração pública, deve ser remunerado de forma justa, mas compatível com os limites estabelecidos para a administração pública em geral, já que atua como preposto do Estado.

6.3. Nenhum responsável por serviço extrajudicial que não esteja classificado dentre os regularmente providos poderá obter remuneração máxima superior a 90,25% dos subsídios dos Srs. Ministros do Supremo Tribunal Federal, em respeito ao artigo 37, XI, da Constituição Federal;

6.4. O valor da remuneração do interino também deverá ser lançado na folha de pagamento e no balancete mensal do serviço extrajudicial (cf. Anexo), a título de despesa ordinária para a continuidade da prestação do serviço;

6.5. As despesas necessárias ao funcionamento do serviço extrajudicial, inclusive as pertinentes à folha de pagamento, serão igualmente lançadas no balancete mensal de prestação de contas; [...]” (fls. 57-58) – grifei.

A associação autora sustenta, em síntese, que:

“[...] os notários e registradores, inclusive os substitutos/interinos, por se tratarem de particulares em colaboração com a administração, que exercem serviço público em caráter privado, não devem ser submetidos a aplicação do ‘teto remuneratório’ a que alude o regramento constitucional, eis que a regra deve ser aplicada apenas aos agentes políticos e servidores estatais, corroborando o alegado ainda, por outra via, destacando que a Lei Federal 8935/97 – que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal -, é clara ao dispor que a remuneração desses agentes, que prestam o serviço público em caráter privados, deve se dar de forma integral através dos emolumentos arrecadados na serventia.” (fl. 5-v).

Defendeu que o art. 39, § 2º, da Lei 8.935/1994 prevê que o interino ou substituto desempenha as mesmas funções que o titular, por delegação dos dirigentes das serventias, e, que a única diferença ocorre pelo fato de que o faz a título provisório e temporário.

Assim, argumentou que o interino responde pelas atividades da mesma forma que o titular, de maneira que, se goza dos mesmos ônus, também deveria usufruir dos mesmos bônus, qual seja, direito à percepção integral dos emolumentos (fl. 12).

Indeferida a liminar (fls. 104-105), foi interposto agravo de instrumento, também indeferido pelo Tribunal de origem por não considerar presentes os requisitos necessários à concessão de tutela antecipada (fl. 311).

O Estado do Paraná apresentou contestação, às fls. 177-122, alegando, em preliminar, a incompetência absoluta do Juízo de 1º grau, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal seria o órgão competente para julgamento de ações em face do Conselho Nacional de Justiça.

No mérito, sustentou que, conquanto sejam exercidos de forma peculiar, os serviços notariais e de registro são serviços públicos e, portanto, a norma constitucional do art. 37, XI, da CF de 1988 deve ser aplicada aos interinos.

A União também ofertou contestação, às fls. 125-130, afirmando a necessidade de remessa dos autos a este Supremo Tribunal Federal por conexão e continência com os autos do Mandado de Segurança 29.039, de minha relatoria.

Quanto ao mérito, sustentou que o entendimento pacificado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal seria pela aplicabilidade do teto constitucional aos delegatários substitutos, de forma a se evitar a burla à regra do concurso público e de se resguardar o erário.

Convertido o feito em diligência, a preliminar suscitada pela União foi prontamente acolhida, tendo o Tribunal de origem reconhecido a continência entre a presente demanda e o MS 29.039, remetendo os autos a esta Corte.

O parecer da Procuradoria-Geral da República foi no sentido improcedência da presente ação originária (fls. 322-326). É o breve relatório. Passo a decidir.

Inicialmente, reconheço a conexão desta demanda com a discussão tratada no MS 29.039, de minha relatoria, na qual a ANOREG-BR discute o ato do Corregedor Nacional de Justiça, que determinou a observância do teto remuneratório aos interinos responsáveis pelos trabalhos de serventias extrajudiciais.

Após decisão monocrática da minha lavra (*DJe* 05/11/2015), negando seguimento ao pedido por não reconhecer direito líquido e certo dos associados não se submeterem ao teto constitucional, houve a interposição de recurso por aquela associação nacional, estando pendente de julgamento o agravo regimental.

No mérito, reitero meu entendimento no sentido de que a presente demanda coletiva deve ser julgada improcedente, na linha do que decidi no MS 29039, *DJe* 05/11/2015, em trâmite na 2ª Turma desta Corte.

Isso porque a jurisprudência desta Corte orientou-se no sentido de considerar a incidência do teto remuneratório constitucional, previsto no art. 37, XI, da CF, aos substitutos interinos de serventias extrajudiciais.

A presente ação ordinária tem pedido idêntico (ou praticamente idêntico) ao formulado pela Anoreg-BR perante no MS 29.039 em trâmite nesta Corte.

Sendo assim, considerando que o Poder Judiciário não pode coadunar-se com um sistema judicial em que se proliferem decisões contraditórias, as quais somente maculam os princípios da segurança jurídica, da igualdade e da distribuição equânime da justiça, deve ser dada ao presente feito a mesma solução dada no mandado de segurança 29.039.

Isso porque não há plausibilidade jurídica em uma demanda (mandado de segurança) ter uma solução jurídica e admitir-se que outra (a presente ação ordinária), envolvendo a mesma matéria jurídica da primeira ação, possa ter destino diverso.

Mutatis mutandis, arguta a doutrina de Rodolfo de Camargo Mancuso (in *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*, Teoria Geral das ações coletivas, 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 255):

“Dir-se-ia que por aí se evita o mal maior - a contradição prática -, mas tal amenização do problema não lhe reduz a complexidade, porque: (i) se todos são iguais perante a lei (CF, art. 5º), descabe distinguir entre lei-norma e lei-judicada, porque do contrário ter-se-ia que admitir que uma norma seria isonômica só enquanto in abstracto, mas deixaria de sê-lo quando submetida ao crivo judicial num caso concreto; (ii) a divergência jurisprudencial, conquanto previsível, numa organização judiciária piramidal como a nossa (órgãos sobrepostos, aos quais é outorgada uma competência de derrogação), não implica que deva o dissenso ser resignadamente tolerado na práxis judiciária, bastando ter em conta a existência de recursos justamente voltados a prevenir ou superar a heterogeneidade dos julgados, como os embargos de divergência, o recurso especial com base no art. 105, III, a, da CF, a par dos incidentes de uniformização de jurisprudência e de assunção de competência (CPC, arts. 476 e 555, § 1º, respectivamente); (iii) se a resposta judiciária só se legitima quando compõe o conflito com justiça, então não se pode tolerar discrepância judicial ocorrente em face de análogas situações judicializadas, não servindo de conforto à parte prejudicada saber que o seu caso configura... contradição meramente lógica. Antes, onde a disposição seja a mesma, análogas devem ser as respostas judiciárias nos casos afins, constituindo tarefa do Poder Judiciário a busca incessante por esse ideal igualitário. Para tal objetivo é enorme a contribuição que podem dar as ações coletivas, nisso que ensejam um trato judicial molecularizado, prevenindo a atomização do conflito coletivo”.

Reitero as palavras do doutrinador para assentar que, onde a disposição seja a mesma, análogas devem ser as respostas judiciárias nos casos afins, constituindo tarefa do Poder Judiciário a busca incessante por esse ideal igualitário, de forma que eventual solução material diversa deve seguir os precedentes da Corte.

Até porque, em se tratando de interpretação de normas constitucionais, o órgão máximo imbuído dessa atividade - guarda da Constituição - no ordenamento jurídico brasileiro é a Excelsa Corte (art. 102, caput, da Lei Maior), razão pela qual seu posicionamento jurídico deve irradiar para todas as situações jurídicas idênticas.

Dito isso, não me parece admissível que esta Corte aceite diminuir a eficácia de suas decisões com a manutenção de decisões diretamente divergentes à interpretação constitucional aqui formulada.

A manutenção de soluções divergentes sobre o mesmo tema constitucional, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, uma fragilização da força normativa da Constituição. Rememoro, aqui, a lição de Konrad Hesse:

“[...] Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente.

Todos os interesses momentâneos ainda quando realizados não logram compensar ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.” (*A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 21-22).

Já registrei em outro voto que, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a interpretação do texto constitucional por ele fixada deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, inclusive seus órgãos fracionários, em decorrência do efeito definitivo outorgado à sua decisão (MS 25763, Pleno, de minha relatoria, *DJe* 03/08/2015).

Não se pode diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal com a manutenção de decisões divergentes. Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes sobre o mesmo tema, provocaria, além da desconsideração do

próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, o enfraquecimento da força normativa da Constituição.

Dessa forma, em atenção aos princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica e da proteção à confiança, reitero os fundamentos utilizados no MS 29.039.

Confiram-se, por oportuno, os precedentes abaixo colacionados:

“Direito Constitucional. Serventia extrajudicial. Provimento originário sem prévia aprovação em concurso público. Submissão da remuneração do responsável interino pela serventia extrajudicial ao teto constitucional. Ordem denegada. 1. Autoaplicabilidade do art. 236, § 3º, da CF/88. 2. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é inconstitucional o acesso aos serviços notarial e de registro sem prévia aprovação em concurso público. 3. O titular interino não atua como delegado do serviço notarial e de registro porque não preenche os requisitos para tanto. Age, em verdade, como preposto do Poder Público e, nessa condição, deve submeter-se aos limites remuneratórios previstos para os agentes estatais, não se lhe aplicando o regime remuneratório previsto para os delegados do serviço público extrajudicial (art. 28 da Lei nº 8.935/94). 4. Ordem denegada.”(MS 29.192, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, j. 19.8.2014, DJe 10.10.2014) – grifei.

“Agravos regimentais em mandado de segurança. Serventia extrajudicial. Provimento originário sem prévia aprovação em concurso público. Submissão da remuneração do responsável interino pela serventia extrajudicial ao teto constitucional. Agravo regimental não provido. 1. Autoaplicabilidade do art. 236, § 3º, da CF/88. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é inconstitucional o acesso aos serviços notarial e de registro sem prévia aprovação em concurso público. 2. O titular interino não atua como delegado do serviço notarial e de registro porque não preenche os requisitos para tanto; age, em verdade, como preposto do Poder Público e, nessa condição, deve-se submeter aos limites remuneratórios previstos para os agentes estatais, não se lhe aplicando o regime remuneratório previsto para os delegados do serviço público extrajudicial (art. 28 da Lei nº 8.935/1994). Precedente: MS nº 29.192/DF, Relator o Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 10/10/14. 3. Agravo regimental não provido.” (MS 30.180 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, j. 21.10.2014, DJe 21.11.2014) - grifei.

“CONSTITUCIONAL. SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. PROVIMENTO, MEDIANTE PERMUTA, SEM CONCURSO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE. ART. 236, E PARÁGRAFOS, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: NORMAS AUTOAPLICÁVEIS, COM EFEITOS IMEDIATOS, MESMO ANTES DA LEI 9.835/1994. INAPLICABILIDADE DO PRAZO DECADENCIAL DO ART. 54 DA LEI 9.784/1999. PRECEDENTES DO PLENÁRIO. LIMITAÇÃO DOS EMOLUMENTOS. APLICABILIDADE DO ART. 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO, AOS INVESTIDOS INTERINAMENTE NA DELEGAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do STF é no sentido de que o art. 236, caput, e o seu § 3º da CF/88 são normas autoaplicáveis, que incidiram imediatamente desde a sua vigência, produzindo efeitos, portanto, mesmo antes do advento da Lei 8.935/1994. Assim, a partir de 5/10/1988, o concurso público é pressuposto inafastável para a delegação de serventias extrajudiciais, inclusive em se tratando de remoção, observado, relativamente a essa última hipótese, o disposto no art. 16 da referida lei, com a redação que lhe deu a Lei 10.506/2002. As normas estaduais editadas anteriormente, que admitem a remoção na atividade notarial e de registro independentemente de prévio concurso público, são incompatíveis com o art. 236, § 3º, da Constituição, razão pela qual não foram por essa recepcionadas. 2. É igualmente firme a jurisprudência do STF no sentido de que a atividade notarial e de registro, sujeita a regime jurídico de caráter privado, é essencialmente distinta da exercida por servidores públicos, cujos cargos não se confundem. 3. O Plenário do STF, em reiterados julgamentos, assentou o entendimento de que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, de que trata o art. 54 da Lei 9.784/1999, não se aplica à revisão de atos de delegação de serventias extrajudiciais editados após a Constituição de 1988, sem o atendimento das exigências prescritas no seu art. 236. 4. É legítima, portanto, a decisão da autoridade impetrada que considerou irregular o provimento de serventia extrajudicial, sem concurso público, decorrente de permuta, com ofensa ao art. 236, § 3º, da Constituição. Jurisprudência reafirmada no julgamento do MS 28.440 AgR, de minha relatoria, na Sessão do Plenário de 19/6/2013. 5. Aplica-se a quem detém interinamente a serventia extrajudicial a limitação do teto, prevista no art. 37, XI, da Constituição. Precedentes. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.” (MS 29.189 ED-ED-AgR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, j. 14.4.2015, DJe 4.8.2015) - grifei.

“CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF. PEDIDO DE DESISTÊNCIA FORMULADO APÓS A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONTRA O JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO MÉRITO. MATÉRIA PACIFICADA. DESISTÊNCIA NÃO HOMOLOGADA. SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. PROVIMENTO, MEDIANTE REMOÇÃO, POR PERMUTA, SEM CONCURSO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE. ART. 236, E PARÁGRAFOS, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: NORMAS AUTOAPLICÁVEIS, COM EFEITOS IMEDIATOS, MESMO ANTES DA LEI 9.835/1994. INAPLICABILIDADE DO PRAZO DECADENCIAL DO ART. 54 DA LEI 9.784/1999. PRECEDENTES DO PLENÁRIO. LIMITAÇÃO DOS EMOLUMENTOS. APLICABILIDADE DO ART. 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO, AOS INVESTIDOS INTERINAMENTE NA DELEGAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do STF é no sentido de que o art. 236, caput, e o seu § 3º da CF/88 são normas autoaplicáveis, que incidiram imediatamente desde a sua vigência, produzindo efeitos, portanto, mesmo antes do advento da Lei 8.935/1994. Assim, a partir de 5/10/1988, o concurso público é pressuposto inafastável para a delegação de serventias extrajudiciais. As normas estaduais editadas anteriormente, que admitem a remoção na atividade notarial e de registro independentemente de prévio concurso público, são incompatíveis com o art. 236, § 3º, da Constituição, razão pela qual não foram por essa recepcionadas. 2. É igualmente firme a jurisprudência do STF no sentido de que a atividade notarial e de registro, sujeita a regime jurídico de caráter privado, é essencialmente distinta da exercida por servidores públicos, cujos cargos não se confundem. 3. O Plenário do STF, em

reiterados julgamentos, assentou o entendimento de que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, de que trata o art. 54 da Lei 9.784/1999, não se aplica à revisão de atos de delegação de serventias extrajudiciais editados após a Constituição de 1988 sem o atendimento das exigências prescritas no seu art. 236. 4. É legítima, portanto, a decisão da autoridade impetrada que considerou irregular o provimento de serventia extrajudicial, sem concurso público, decorrente de remoção, com ofensa ao art. 236, § 3º, da Constituição. Jurisprudência reafirmada no julgamento do MS 28.440 AgR, de minha relatoria, na Sessão do Plenário de 19/6/2013. 5. Aplica-se a quem detém interinamente a serventia extrajudicial a limitação do teto, prevista no art. 37, XI, da Constituição. Precedentes. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.” (MS 29032 ED-AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, j. 24.5.2016, DJe 7.6.2016) – grifei.

Vê-se, pois, que ambas as turmas possuem o mesmo entendimento, no sentido da incidência do teto remuneratório constitucional à atividade dos interinos.

Desse modo, tendo em vista o posicionamento de ambas as turmas acima delineado, é certo que o Plenário desta Corte deve manter o entendimento já firmado, haja vista ser composto pelos membros das duas Turmas, acrescido do(a) Presidente da Corte.

Ante o exposto, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento à presente ação originária, por ser manifestamente improcedente e contrária à jurisprudência desta Corte.

Deixo de aplicar condenação em honorários advocatícios por se tratar, na origem, de ação coletiva, por aplicação subsidiária do disposto art. 87 do CDC (Lei 8.078/1990).

Custas pela lei.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 14 de outubro de 2016.

Ministro Gilmar Mendes

Do que se observa, há controvérsia acerca do próprio direito postulado pela parte agravante, razão pela qual não vislumbro presente o requisito da probabilidade do direito, estabelecido no art. 300 do CPC.

Posto isso, indefiro o pedido.

(Agravo de Instrumento 0003019-87.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, *e-DJF1* de 07/07/2017, p. 880)

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0030184-75.2017.4.01.0000/PI

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

Sob apreciação, requerimento formulado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, de suspensão da execução de tutela antecipada concedida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Piauí, em sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública 0021641-53.2013.4.01.4000, movida pelo Ministério Público Federal, para tanto narrando os seguintes fatos:

Como se depreende da exordial (doc. 2), o Ministério Público Federal ingressou com a ação civil pública originária para requerer, em síntese, a concessão de liminar a fim de determinar a inclusão “... do Implante Transcateter de Bioprótese Valvar Aórtica (TAVI) no Rol de Procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar”, bem assim, em caráter exauriente, a condenação da Autarquia para que a citada inclusão prevalecesse de forma definitiva.

Para tanto, sustentou com base em estudo internacional, que o citado TAVI “...é uma técnica cirúrgica destinada ao tratamento de enfermos com estenose valvar aórtica severa sem perspectiva para substituição cirúrgica, sobretudo idosos ou indivíduos que não possam se submeter à cirurgia de troca valvar aórtica a “céu aberto” ou convencional, de grande risco.”. Ademais, o citado procedimento, embora novo, foi reconhecido em parecer do ano de 2012, expedido pelo Conselho Federal de Medicina, deixando de ostentar a condição de experimental.

Mencionou que a ANS estaria revisando o rol de procedimentos e eventos em saúde, a fim de atualizá-lo, nos termos do art. 4º, III, da Lei 9.656/98 e do art. 10, § 4º, da Lei 9.656/98, mas que a fruição do direito dos consumidores não poderia aguardar a conclusão dos procedimentos internos da Autarquia para elaboração da norma.

Instada a pronunciar-se de forma preliminar, a ANS apresentou a fundamentação técnica para a não incorporação do procedimento no rol obrigatório.

No entanto, o MM. Juízo a quo veio a conceder a medida liminar *in initio litis* (doc. 3), para determinar à ANS, em caráter nacional, a inclusão do procedimento, no prazo de 30 dias, ‘...em favor de usuários com idade superior a 60 (sessenta) anos

(art. 1º da Lei 10.741/01), ou aos que, por orientação médica, independentemente da idade, seja recomendada a realização desse procedimento, oportunizando-se, em qualquer hipótese, a escolha do paciente.”

Esta decisão foi suspensa, por decisão do Eminentíssimo Desembargador Federal João Batista Moreira, Relator do Agravo de Instrumento nº 0070585-58.2013.4.01.0000 (doc. 4), da qual são extraídos os seguintes fundamentos:

“Na decisão agravada, consigna-se que há “posicionamento [...] divergente em relação à técnica mencionada”, mas “exigir a unanimidade do posicionamento médico em relação ao tema se evidenciaria medida exagerada e desproporcional, inclinando-se a decisão no sentido do pronunciamento favorável à eficácia, [...] em favor daqueles que, indubitavelmente, não puderem se submeter ao tratamento ordinário.”

Não obstante, predomina na jurisprudência desta Corte que, havendo dúvida sobre os alegados benefícios à saúde, devem prevalecer os fundamentos técnicos da agência competente, a exemplo do registro de medicamentos, v.g.:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANVISA. NEGATIVA DE REVALIDAÇÃO DE REGISTRO DE MEDICAMENTO. VERIFICADA IRREGULARIDADE NA FORMULAÇÃO DO PEDIDO DE RENOVAÇÃO. PODER DE POLÍCIA. LEGALIDADE. RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA. INAPLICABILIDADE.

I - Nos termos da Lei nº 9.782/1999, dispõe a Agência Nacional de Vigilância Sanitária/ANVISA de competência para normatizar a produção e comercialização de produtos de interesse para saúde.

II - Se a Constituição da República Federativa do Brasil, no âmbito normativo da tutela cautelar do Meio Ambiente, impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (CF, art. 225, § 1º, V), enquanto a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, ao dispor sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, tem, como objetivo principal, a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida (art. 2º, caput), há de se entender porque as atividades relativas à produção e comercialização de produtos destinados ao consumo humano, não de submetem-se a rigorosas restrições legais, não tendo como afastar, na espécie dos autos, o atuar legítimo do Poder de Polícia da ANVISA, nas comportas de sua competência legal. [...]

Além disso, depreende-se das alegações da agravante que há tratamento alternativo ao ora em discussão.

Ante o exposto, defiro o pedido de efeito suspensivo.”

Todavia, no momento da prolação da sentença, o MM. Juízo a quo reconheceu a procedência do pedido e confirmou a tutela antecipada outrora deferida para:

“...determinar a inclusão do Implante Transcateter de Bioprótese Valvar Aórtica – TAVI no Rol de Procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar, em até 30 dias, em favor de usuários com idade superior a 60 (sessenta) anos ou inoperantes de cirurgia tradicional, oportunizando-se a escolha do paciente.”

A referida sentença foi impugnada por embargos de declaração e posteriormente pela Apelação nº 002164153.2013.4.01.4000, tendo os autos chegado no E. Tribunal no dia 10/03/2017. O recurso foi distribuído à Colenda Quinta Turma desse e.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de sorte que ainda seguirá todo o iter processual até que venha a ser julgada.

Igualmente, a ANS apresentou pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação, autuado sob nº 0000984-23.2017.4.01.0000, o qual, no entanto, permanece sem apreciação desde janeiro deste ano.

Destarte, como será exposto a seguir, a d. decisão antecipatória merece ser suspensa de imediato, não podendo aguardar a tramitação da apelação, ou mesmo o exame do pedido de efeito suspensivo, diante da perspectiva de (i) incidência de maior risco de óbito aos pacientes no prazo de até 30 dias da realização do procedimento; (ii) a inexistência de rede em dispersão suficiente; (iii) agravação da relação custo-efetividade do procedimento, que não pode ser desconsiderada no mercado de saúde suplementar, devido ao impacto existente no valor das mensalidades dos planos de saúde, como foi destacado na contestação (anexo); (iv) contrariedade às diretrizes de utilização previstas pela Associação Médica Brasileira.

Desta maneira, sem prejuízo da discussão que será travada em sede de apelação, com a finalidade de reformar a d. sentença, cumpre veicular nesta estreita via o pedido de suspensão da execução da tutela antecipada concedida, a fim de impedir a consumação dos prejuízos à ordem econômica e administrativa, incapaz de ser sanada no futuro, conforme será exposto a seguir: [...] (fls. 4/6)

Dáí o seu pleito de:

(i) a suspensão da eficácia da sentença, e da tutela nela concedida, nos autos da Ação Civil Pública nº 002164153.2013.4.01.4000, da 2ª. Vara Federal do Piauí, com fundamento no artigo 4º, caput, da Lei nº 8.437/92, conferindo-lhe efeito suspensivo liminar, nos termos do §§ 1º e 7º do artigo 4º, do mesmo Diploma Legal, em virtude das demonstradas graves lesões às ordens Pública (Administrativa), Econômica, e também Grave Lesão à Saúde Pública, já que os efeitos nefastos decorrentes da manutenção da decisão impugnada se agravam com o decurso do tempo, com efeitos da suspensão deferida mantidos até o trânsito em julgado da sentença de mérito, a teor do disposto no § 9º do art. 4º da mencionada Lei nº 8.437/92, redação da M.P. 2.180-35/2001.

- (ii) subsidiariamente que, ao menos, a obrigatoriedade da cobertura do TAVI esteja limitada aos seguintes parâmetros:
- a) Aos limites territoriais do órgão prolator da decisão, tendo em vista a redação do artigo 16 da Lei 7.347/85;
 - b) Presença de estenose valvar aórtica acentuada, sintomática, definida como orifício valvar aórtico com área < 1cm2 (ou < 0,6 cm2/m2);
 - c) Idade > 75 anos e alta probabilidade de morbidade e mortalidade cirúrgicas pela presença de comorbidades;
 - d) Presença de condição anatômica e morfológica favorável para o procedimento por cateter, incluindo a avaliação pomenorizada da via de acesso e do trajeto vascular, bem como dos aspectos cardíacos de interesse para a exequibilidade do procedimento;
 - e) A contraindicação à cirurgia convencional ou a definição do alto risco cirúrgico e, conseqüentemente, a indicação do tratamento por cateter devem ser, idealmente, conduzidas por equipe médica multidisciplinar⁴. (fls. 18/19)

Delibero

Quanto à grave lesão à ordem pública, sob a perspectiva jurídico-administrativa, sustenta a requerente:

Conforme adiante melhor explicitado, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, ponderando todos os coeficientes envolvidos, decidiu por não incluir o TAVI (Implante Transcateter de Bioprótese Valvar Aórtica) no rol de procedimentos obrigatórios para os planos de saúde. Trata-se, portanto, de opção regulatória da Agência, e não de lacuna regulamentar.

Nada obstante, o douto juízo federal da origem, acolhendo pedido do Ministério Público Federal, concluiu pela necessidade da inclusão do aludido procedimento no Rol de Procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Confirmando os efeitos da tutela de urgência outrora deferida, determinou esta inserção no prazo de 30 (trinta) dias. Assegurou que o procedimento alcançasse usuários com idade superior a 60 (sessenta) anos ou inoperantes de cirurgia tradicional, oportunizando-se a escolha do paciente.

Como se vê, o decisum menosprezou o Poder Regulador da Agência, conferido pela Lei 9.961/2000, uma vez que (a) inseriu demarcado método no Rol de Procedimentos obrigatórios, mesmo contra a vontade refletida da Agência; e (b) estabeleceu, sem critério científico, a idade necessária para que o usuário se sujeite à técnica.

Com efeito, o artigo 4º da Lei 9.961/00 enumera as competências da ANS, preconizando o inciso III que:

“Art. 4º Compete à ANS:

[...];

III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades”;

Vale dizer, a elaboração do rol de procedimentos e eventos em saúde traduz-se, ex vi legis, em poder-dever da Agência Nacional de Saúde, para o qual é dotada de mecanismos administrativos próprios e adequados.

Apenas a ANS reúne os requisitos (técnicos, profissionais e científicos) indispensáveis para a Regulação do Sistema de Saúde Suplementar. Precisamente por isto, a ANS, no estudo dos procedimentos a serem insertos no Rol Obrigatório, recobre-se de substancial precaução.

Nesta contextura, a triagem e escolha dos procedimentos a serem introduzidos no mencionado Rol não podem ser confiscados da Agência por outras instâncias de Poder.

Por conseguinte, está claro que a apropriação do poder-dever jurídico da Agência Reguladora de exercer suas atribuições materializa Grave Lesão à Ordem Pública, na vertente da ordem administrativa.

Deveras, decisão judicial que se imiscui em áreas ínsitas às atividades finalísticas das Agências Reguladoras (normatização e fiscalização) causam incalculável desequilíbrio no setor/mercado regulado. No caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar, a indevida incursão pode denotar conseqüências ruinosas para a Saúde, bem de segunda geração, ou dimensão, de grandeza constitucional.

[...]

No caso vertente, a sentença inseriu o TAVI no Rol de Procedimentos da ANS. Além disto, repita-se, sem respaldo científico, fixou a idade mínima necessária para a sujeição do usuário ao procedimento, sem prejuízo de oportunizar a escolha ao paciente.

Cabe enfatizar que, com todas as vênias, o douto julgador não dimensionou as conseqüências catastróficas da sentença. E isto porque, além da indevida incursão sobre o mérito do ato administrativo, estabeleceu idade mínima para a submissão ao procedimento que, se aplicada, causará desproporcional número de óbitos entre os pacientes.

Esta percepção é corroborada pelo fato de que o Ministério Público Federal, em sua petição inicial, não especificou a idade mínima para a sujeição ao procedimento (porquanto, se o caso, apenas a ANS poderia fazê-lo). Veja-se que o MPF requereu apenas que:

“Ao final seja julgada procedente a presente ação, com a condenação do Réu em obrigações de fazer, consubstanciadas: inclusão do Implante Transcateter de Bioprótese Valvar Aórtica (TAVI) no Rol de Procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar”.

A ofensa ao Princípio da Congruência foi devidamente impugnada na apelação. Faz-se menção aqui para comprovar que a fixação de idade mínima, à revelia inclusive do que requerido pelo autor da ação, causa Grave Lesão à Ordem Pública, no aspecto da ordem administrativa.

Para além da Grave Lesão à Ordem Administrativa, a decisão causa, como abaixo será demonstrado, Grave Lesão à Saúde e à Ordem Econômica, pelo que precisa ser, incontinenti, suspensa por esta Egrégia Presidência. (fls. 7/10).

Quanto à greve lesão à saúde, a requerente explana:

Os fundamentos apresentados na d. decisão antecipatória não se mostram aptos, d.v., a afastar a regular atuação da ANS. Modificar os efeitos de atos regulatórios editados pela ANS implica, sem dúvida, prejuízo aos beneficiários de planos de saúde, na medida em que se está substituindo a participação de todos os agentes do mercado regulado de saúde privada e representantes da sociedade em geral, pelo entendimento de agentes que não reúnem as atribuições legais e técnicas para este mister.

Nesta peça processual, não cabe exposição minuciosa das razões técnicas que levaram a ANS a deixar de incorporar o TAVI no rol obrigatório, mas estas estão devidamente apresentadas na contestação (anexo) e na Nota nº 265/2016/GEAS/GGRAS/DIPRO/ANS (anexo). No entanto, cumpre colocar em evidência os resultados da implementação do TAVI no Brasil, fornecidos por operadora de planos de saúde que custeou sua colocação, por força de decisões judiciais.

Realmente, os resultados noticiam que:

Em relação às informações disponibilizadas pela operadora Unimed BH, referentes ao período de 2013 a 2016, 17 pacientes foram submetidos ao TAVI por força de decisão judicial. A média de idade dos pacientes, no momento do implante do dispositivo, era de 80,5 anos (desvio padrão de 5,8 anos). A mortalidade observada foi de 9 pacientes (52,9%). A mediana de sobrevida observada pela Kaplan-Meier foi de 1,2 anos e a mortalidade em um ano foi de 40%. Cinco óbitos (55% dos óbitos) ocorreram no bloco cirúrgico ou durante a internação para o procedimento.

Constata-se, na prática, o receio de que, no atual estágio da técnica, a taxa de óbito ainda se revela muito elevada, não permitindo sua incorporação, conforme a ANS já sustentara por ocasião do procedimento de revisão do rol obrigatório.

De fato, a ANS valeu-se dos dados obtidos a partir do ensaio denominado “Partner B”, que permitiram concluir que o paciente que se submete ao citado TAVI terá uma chance muito maior de morrer ou sofrer um AVC de efeitos importantes no curto prazo (até 30 dias do procedimento), se confrontado com o paciente que se mantiver observando o acompanhamento clínico.

Este ponto precisa ser destacado: diversamente do que considerou a d. sentença, confirmativa da decisão antecipatória, não se pode afirmar de forma clara que o TAVI seria procedimento mais benéfico ao paciente. Até se pode admitir esta conclusão para aqueles pacientes que já tenham superado o citado período de 30 dias.

Todavia, não cabe esta dedução em relação àqueles que têm a sua situação agravada, ou até mesmo chegaram ao óbito durante o procedimento, ou no pós-procedimento, com muito maior frequência que no tratamento convencional.

Convém ainda referir ao artigo “Desempenho de Escores de Risco Cirúrgico para Prever Mortalidade após Implante Transcateter de Valva Aórtica”¹, que foi financiado pela amicus curiae Sociedade Brasileira de Hemodinâmica e Cardiologia Intervencionista (SBHCI), com base no registro brasileiro, que apresentou a seguinte conclusão (anexo):

“Neste registro de mundo real, os escores de risco cirúrgico foram imprecisos para prever a mortalidade após o TAVI. Modelos de risco, especificamente desenvolvidos para TAVI, são necessários.

Em verdade, com base nos casos de implementação do TAVI no Brasil, que foram acompanhados pelos autores do aludido artigo, alcançou-se a conclusão de que os modelos de risco atuais não podem ser aplicados para a nova tecnologia, devido a sua imprecisão.

Isto é, como se identifica dos dois estudos, existe dúvida plausível acerca da eficácia e segurança do procedimento. Esta incerteza foi levada em consideração pela Agência ao não incluir a técnica como procedimento obrigatório.

Recorre-se aqui, igualmente, à fundamentação da decisão do Exmo. Relator ao conceder o efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento nº 0070585-58.2013.4.01.0000, anteriormente transcrita, que se pautou na observância da discricionariedade técnica da ANS em face da incerteza envolvendo o tratamento em questão.

De outro lado, vale ressaltar que, no momento da atualização do rol, a ANS não se limita a listar uma série de procedimentos que se tornam obrigatórios, mas também divulga as Diretrizes de Utilização, as quais, segundo o inciso II, do artigo 3º, da Resolução Normativa 387, de 28 de outubro de 2015,

“[...] Estabelecem os critérios, baseados nas melhores evidências científicas disponíveis, a serem observados para que sejam asseguradas as coberturas de procedimentos e eventos especificamente indicados no Anexo I.”

Em outras palavras, no Anexo I são listados os procedimentos e no Anexo II são dispostas as Diretrizes de Utilização, que informam em quais situações aquele tratamento deverá ser indicado, com base nas melhores evidências médicas disponíveis. Como exemplo, seguem as seguintes Diretrizes de Utilização, previstas na RN 387/15:

“ANTICORPOS ANTI PEPTÍDEO CÍCLICO CITRULINADO - IGG (ANTI CCP)

1. Cobertura obrigatória na investigação diagnóstica de Artrite Reumatóide, quando o fator reumatóide for negativo.

AVIDEZ DE IGG PARA TOXOPLASMOSE

1. Cobertura obrigatória para gestantes com sorologia IgM positiva para toxoplasmose, quando preenchido pelo menos um dos seguintes critérios:

a. quando o resultado do IgM for maior que 2;

b. quando o resultado do IgM estiver entre 1 e 2 na primeira testagem e aumentar na segunda testagem, realizada após intervalo de 3 a 4 semanas.”

Todavia, este cuidado não foi previsto na d. decisão antecipatória, mormente ao desacolher os embargos de declaração e permitir que o beneficiário possa exigir a colocação do TAVI exclusivamente por ser portador de estenose valvar aórtica e possuir 60 anos ou mais de idade. A determinação, renovando-se as vênias, não se ampara em qualquer fundamentação técnica.

Repise-se que a disposição não encontra guarida sequer na petição inicial, porquanto o Ministério Público Federal e as próprias entidades médicas que atuaram no feito como amicus curiae sempre condicionaram o pleito de incorporação do TAVI à constatação de que o paciente seria inoperável, ou seja, aquele que não poderia se submeter à técnica-padrão, de cirurgia à céu aberto, pois teria um risco muito acentuado de morrer na mesa de cirurgia. Nada justifica que um paciente que possa se submeter à técnica padrão, com grande chance de êxito, faça a cirurgia do TAVI.

Outrossim, é oportuno notar que a própria incorporação do TAVI pela AMB2 estava condicionada às seguintes diretrizes de utilização, conforme Resolução Normativa CNHM 12/2012 (anexo):

“- O Procedimento “Implante por Cateter de Bioprótese Valvar Aórtica – TAVI” está condicionado a Diretriz de Utilização Terapêutica (DUT):

a) Presença de estenose valvar aórtica acentuada, sintomática, definida como orifício valvar aórtico com área < 1cm2 (ou < 0,6 cm2/m2).

b) Idade > 75 anos e alta probabilidade de morbidade e mortalidade cirúrgicas pela presença de comorbidades. São exemplos de tais condições clínicas: insuficiência renal; cirrose hepática; doença pulmonar crônica (por exemplo, FEV1 < 1L ou uso de oxigenioterapia domiciliar); múltiplas cirurgias cardíacas prévias, especialmente com enxerto de artéria mamária prévio; aorta em porcelana; hipertensão arterial pulmonar (> 60 mmHg); radioterapia torácica prévia; e fragilidade orgânica.

c) Presença de condição anatômica e morfológica favorável para o procedimento por cateter, incluindo a avaliação pormenorizada da via de acesso e do trajeto vascular, bem como dos aspectos cardíacos de interesse para a exequibilidade do procedimento. As vias de acesso femoral, subclávia, transaórtica ou transapical têm sido descritas, devendo a escolha da via de acesso ser efetuada por meio de avaliação pormenorizada caso a caso, obedecendo a parâmetros rígidos de seleção, específicos para cada prótese/sistema de entrega. A via de acesso adotada deve ser a menos invasiva possível e que apresente menor possibilidade de complicações. Na prática, observa-se que a via femoral é aquela com maior exequibilidade técnica e menor necessidade de envolvimento de múltiplos profissionais médicos, culminando por ser a mais comumente utilizada no dia-a-dia, o que faz dela, possivelmente, a via de escolha preferencial, quando tecnicamente factível.

d) A contraindicação à cirurgia convencional ou a definição do alto risco cirúrgico e, conseqüentemente, a indicação do tratamento por cateter devem ser, idealmente, conduzidas por equipe médica multidisciplinar.” (destaque não existente na redação original)

Ou seja, a Associação Médica Brasileira somente cogita da utilização do TAVI para pacientes com 75 anos ou mais de idade, ao reverso do que considerou a tutela antecipada, que autorizou para aqueles com 60 anos ou mais e, além disto, apontou diversas condicionantes técnicas, que sequer foram cogitadas pela decisão ora em exame. (fls. 11/15)

Finalmente, quanto à grave lesão à ordem econômica, pelo elevado custo financeiro e consequente desequilíbrio da operação de planos de saúde no Brasil e a inexistência de rede de prestadores de serviço, a requerente também reforça o seu pleito, discorrendo:

Vale ainda observar que, além da alta taxa de mortalidade observada nas implantações do TAVI no Brasil, por força de decisões judiciais, outro aspecto que também não pode deixar de ser considerado no procedimento de incorporação ao rol obrigatório é relação de custo-efetividade, conforme artigos ora adunados (anexo), mormente considerando que os recursos para o custeio da saúde são finitos. No caso da saúde pública encontra limites no orçamento público, ao passo que no caso da saúde suplementar o obstáculo reside no valor da mensalidade dos planos de saúde pagos pelos beneficiários, uma vez que esta é a fonte de arrecadação das operadoras de planos de saúde. Deste modo, todas as despesas assistenciais devem ser

suportadas pelo montante arrecadado, sob pena de provocar um quadro de anormalidade econômico-financeira que poderia inclusive inviabilizar a atividade empresarial, o que vale dizer que a incorporação deve considerar qual seria o impacto nas despesas da operadora, especialmente pela pressão que seria exercida para reajuste das mensalidades praticadas.

No Relatório de Recomendações da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC –92, de julho de 2013 (doc. 11), há estimativa de despesa de cerca de 1 bilhão de reais por ano, que seria necessária para gerar benefícios terapêuticos, insista-se, ainda controversos.

Por sua vez, na citada Nota 151/2017/GEAS/GGRAS/DIPRO/ANS, a Gerência-Geral de Regulação Assistencial da ANS, tomando por base os custos informados pelas operadoras de planos de saúde que já realizaram o TAVI por força de decisão judicial, estimou uma despesa anual de cerca de 5 bilhões e 100 milhões de reais.

Em outras palavras, a decisão ocasionará impacto de grande monta nas despesas das operadoras de planos de saúde, de mais de cinco bilhões de reais, por ano.

Vale dizer, a decisão consubstancia elevado risco de desequilíbrio econômico-financeiro, que somente poderá ser sanado com a majoração proporcional sobre os valores das mensalidades dos planos de saúde. Isto em um grave quadro de retração do mercado de saúde suplementar, com a saída de mais de 1,5 milhão de consumidores no último ano.³

Assim, a decisão sobre a incorporação de novas tecnologias deve sopesar os custos relacionados e os benefícios terapêuticos que serão gerados, sem provocar qualquer antinomia com o artigo 17 do Estatuto do Idoso, ou o artigo 1º, inciso I, da Lei 9.656/98, que foram invocados na decisão em exame, aparentemente sob o pretexto de que o TAVI deveria ser assegurado, independentemente da discussão sobre o impacto econômico-financeiro.

É neste contexto que se impõe o melhor uso dos recursos financeiros frente às terapêuticas com maior efetividade, com os melhores resultados em saúde para o indivíduo e a coletividade, de forma segura, sem causar danos ou mínimo dano possível. Não se podendo admitir que, a pretexto de aplacar a dor ou curar enfermidade, as terapêuticas em saúde possam causar danos irreparáveis ou abreviar a vida.

Ademais, a d. sentença deixou de considerar algo que a ANS afirma desde o início do processo, que é a falta de rede de prestadores de serviço em quantidade e capilaridade suficientes para autorizar o ato de incorporação ao rol de eventos e procedimentos em saúde em caráter nacional.

De fato, o implante do TAVI consiste em cirurgia complexa e, para sua realização, é imprescindível que haja equipe de profissionais devidamente treinada e hospitais com infraestrutura adequada à realização do procedimento, o que não corresponde à realidade atual. Portanto, pode-se constatar a existência de uma grande curva de aprendizado associada ao procedimento.

A existência de apenas 13 profissionais preceptores em todo o território nacional bem revela que se está ainda em estágio de início de difusão da nova tecnologia em saúde que, como salientado na Nota nº 203/2015/GEAS/GGRAS/DIPRO/ANS (anexo)

“... nesta fase que os primeiros usos possibilitam identificar alterações técnicas necessárias para que, após estas correções, a tecnologia esteja estabelecida para incorporação no sistema de saúde, seja público ou privado...”

O próprio Registro Brasileiro somente sedimentou resultados de 18 centros, “...que haviam realizado mais de três implantes de TAVI, sendo 5 centros em São Paulo (... - 218 pacientes), 5 centros no Rio de Janeiro (... - 117 pacientes), 4 centros no Rio Grande do Sul (... - 62 pacientes), 1 centro em Santa Catarina (... - 9 pacientes), 1 centro na Bahia (... 6 pacientes), 1 centro em Minas Gerais (... 3 pacientes) e 1 centro no Paraná (... - 3 pacientes)”⁵

À luz deste quadro de ausência de rede habilitada para a realização do procedimento, cabe concluir que a sua efetivação terá custo exorbitante, o que, a toda evidência, será repassado ao consumidor.” (fls. 15/17)

Isso estabelecido, demonstrados os requisitos do art. 4º da Lei 8.437/1992, merece acolhida o seu rogo principal, a saber:

(i) a suspensão da eficácia da sentença, e da tutela nela concedida, nos autos da Ação Civil Pública nº 002164153.2013.4.01.4000, da 2ª. Vara Federal do Piauí, com fundamento no artigo 4º, caput, da Lei nº 8.437/92, conferindo-lhe efeito suspensivo liminar, nos termos do §§ 1º e 7º do artigo 4º, do mesmo Diploma Legal, em virtude das demonstradas graves lesões às ordens Pública (Administrativa), Econômica, e também Grave Lesão à Saúde Pública, já que os efeitos nefastos decorrentes da manutenção da decisão impugnada se agravam com o decurso do tempo, com efeitos da suspensão deferida mantidos até o trânsito em julgado da sentença de mérito, a teor do disposto no § 9º do art. 4º da mencionada Lei nº 8.437/92, redação da M.P. 2.180-35/2001. (fl. 18)

(Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0030184-75.2017.4.01.0000/PI, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, e-DJF1 de 30/06/2017, p. 845)

Apelação Cível 0008768-73.2011.4.01.3100/AP

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

À fl. 2.255 destes autos, deferi a prorrogação da vigência dos contratos temporários da União, referentes aos servidores do Distrito Sanitário Especial Indígena do Amapá e Norte do Pará (DSEI/AP), destinados ao atendimento do serviço de saúde indígena dessas localidades, pelo período de 6 (seis) meses, prazo este que se findará em 09/07/2016.

Em nova petição, fls. 2.274-2.275, a União informa que o Edital 01/2016, referente ao Chamamento Público para contratação regular do que está sendo contratado de maneira excepcional, ora em análise, foi republicado na data de 13/01/2017, não tendo sido considerada habilitada a única entidade que apresentou documentação.

Ainda, relata que, na data de 22/05/2017, foi publicado, no *Diário Oficial da União*, o Edital de Chamada Pública 01/2017 — ao que tornou pública a realização de seleção de entidade beneficente de assistência social na área de saúde para a execução de ações complementares concernentes à saúde dos povos indígenas —, cuja estimativa do resultado final seria no dia 06/07/2017, tendo, entretanto, o Tribunal de Contas da União, na data de 03/05/2017, determinado a suspensão do certame.

Com o fim de evitar a interrupção da prestação dos serviços de saúde aos indígenas daquela região, requer o ente federal nova prorrogação contratual.

O Ministério Público Federal, ao manifestar-se no feito (fls. 2.283-2.286), embora tenha reconhecido desídia da Administração Pública que, no seu entendimento, deixou de adotar, de maneira imediata e eficiente, providências que assegurassem a continuidade da referida prestação de serviços, entendeu que tal situação não pode implicar em prejuízo àquelas comunidades, com risco à vida e à saúde dos seus integrantes que ficariam desassistidos por profissionais de saúde, de maneira que, à míngua de outras soluções momentâneas ao caso, concordou com a prorrogação excepcional daqueles contratos.

A União reiterou o pedido, fls. 2.317-2.318.

Isso posto, na concordância das partes quanto ao diferimento dos prazos de término dos contratos efetivados a atender a excepcional e emergencial situação posta nos autos, nos mesmos moldes da fundamentação lançada na decisão anteriormente proferida (*que afasta a análise de mérito ou de qualquer juízo de valor sobre a controvérsia presente na demanda*), defiro nova prorrogação da vigência daqueles contratos temporários, pelo período de até 12 (doze) meses, a iniciar-se na data de 09/07/2016, tal qual requestado às fls. 2.274-2.275.

(Apelação Cível 0008768-73.2011.4.01.3100/AP, rel. Des. Federal Kassio Marques, e-DJF1 de 03/07/2017, p. 366)

Agravo de Instrumento 0020976-67.2017.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado)

Agravo de instrumento interposto por Libra Ligas do Brasil S/A (agravante ou recorrente) da decisão pela qual o juízo, em ação de conhecimento por ela proposta contra a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) — em conjunto: agravadas ou recorridas —, indeferiu a tutela de urgência. A tutela pretendida tem por objetivo: (a) afastar a obrigatoriedade de a agravante “participar do rateio da inadimplência no Mercado de Curto Prazo (MCP), decorrente das transferências pelas [agravadas], do ônus financeiro das decisões judiciais relativas aos efeitos dos atuais valores do *Generation Scaling Factor* (GSF) sobre os geradores hidroelétricos”; (b) que as agravadas “se abstenham de lhe aplicar qualquer sanção daí decorrente, até o julgamento da lide.” (Processo 4639-85.2017.4.01.3400/DF). Rolagem Única (RU), fls. 344-353.

/

A agravante sustenta, em suma, que “é empresa eletrointensiva, atuante no ramo da siderurgia, mas especificamente no segmento de ferro ligas, classificando-se como consumidora potencialmente livre”; que “possui contrato de compra e venda de energia elétrica com a Chesf – Companhia Hidro Elétrica do São Francisco [...]”

possuindo uma cota de energia (demanda) que pode ou não ser [por ela] consumida”; que, “[e]m determinados meses, quando a Agravante deixa de consumir parte da demanda contratada de energia elétrica, esse montante é negociado no Mercado de Curto Prazo – MCP da CCEE, gerando [a ela] créditos decorrentes dessa negociação”; que “[i]gualmente, havendo necessidade de demanda adicional de energia elétrica, pode [ela] efetuar a compra de energia adicional no ambiente de contratação livre, também no MCP”; que “[e]ssas operações de crédito e débito são operacionalizadas pela CCEE e são reguladas nos termos da Resolução Aneel 552/2002”; “que, desde meados de 2015, algumas ações judiciais têm influenciado a liquidação do MCP de forma contrária à sua regulamentação”; que o Mecanismo de Realocação de Energia (MRE), “conforme definição da própria CCEE, ‘é um mecanismo financeiro que visa o [sic] compartilhamento dos riscos hidrológicos que afetam os agentes de geração, buscando garantir a otimização dos recursos hidrelétricos do Sistema Interligado Nacional (SIN)’, abrangendo as ‘usinas hidrelétricas sujeitas ao despacho centralizado do NOS’”; que, “[d]e forma simplificada, o MRE é uma espécie de condomínio em que os agentes de geração socializam entre si os riscos atinentes à geração inferior à sua garantia física”; que, “[p]ara a liquidação do MRE, a CCEE utilizou o Fator de Ajuste da Garantia Física, ou GSF acima mencionado, que relaciona a geração efetiva da usina hidrelétrica com a sua garantia física”; que, por questões irrelevantes à espécie, “parte dos agentes de geração propuseram ações contra a aplicação do GSF na liquidação do MRE, obtendo decisões judiciais para a suspensão do pagamento dos débitos decorrentes da aplicação desse critério de contabilização”; que, diante de sua previsibilidade, os efeitos das decisões judiciais foram regulados na Resolução Aneel 552, de 2002 (R-552, art. 9º e art. 10); que, “tratando-se de decisão que afeta a liquidação do MRE, a CCEE e a Aneel deveriam definir mecanismos para que a decisão apenas afetasse os seus participantes: as usinas sujeitas ao despacho centralizado do ONS e as Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCHs) optantes, bem como os concessionários e permissionários de distribuição do SIN (art. 1º, §5º da Lei 12.783/2012)”; que, “[p]orém, em desacordo com as regras de comercialização, as Agravadas acabaram por permitir que os impactos das decisões que impugnavam a aplicação do GSF no MRE transpusessem os agentes envolvidos, impactando a contabilização de empresas alheias ao problema, como é o [seu] caso”; que, em suma, “os [seus] créditos [...] decorrentes da venda de energia excedente no MCP não estão sendo pagos por falta de fundos em função do repasse dos impactos das ações relacionadas à aplicação do GSF no MRE para a totalidade dos agentes”; que ela, ao contrário do sustentado pelo juízo, na decisão recorrida, não participa do MRE; que, nos termos do art. 20 do Decreto 2.655, de 1998, participam do MRE “as usinas hidroelétricas com o objetivo de compartilhar entre elas os riscos hidrológicos”; que “[a] própria CCEE informa em seu site que o MRE abrange as usinas hidrelétricas sujeitas ao despacho centralizado do ONS, ficando facultado às pequenas centrais hidroelétricas de participarem” desse mecanismo; que, segundo as regras de Comercialização e Mecanismo de Realocação de Energia, “participam do MRE usinas hidroelétricas, o que não é o [seu] caso [...], que é consumidora potencialmente livre atuante no ramo de ferroligas”; que em virtude de não participar do MRE, “não deve sofrer impactos das operações do MRE em suas operações no Mercado de Curto Prazo (MCP)”; que não se nega a compartilhar e a assumir os prejuízos decorrentes da inadimplência do MCP; que o que busca é que apenas a inadimplência do MCP possa ser utilizada na sua contabilização financeira; que o desvio na contabilização, diante da afetação do MCP pelo MRE, não é nem nunca foi a “regra do jogo”, mas, sim, uma solução “inventada” pelas agravadas em burla às normas de comercialização para “socializar” um problema regulatório criado por elas na regulamentação do MRE; que inexistente “espaço regulatório para que as decisões judiciais do MRE invadissem a contabilização do MCP”; que, “independentemente das consequências para os demais membros da MRE, os efeitos das liminares concedidas nas primeiras fases da judicialização – membros do MRE discutindo para não suportar o fator GSF – deveriam ter sido mantidos no condomínio, como determina o artigo 10, §1º, II da Resolução Aneel 552/2002”; que, nos termos do referido dispositivo regulamentar, e “ao contrário da situação fática descrita pela CCEE em seu pronunciamento inicial, não há determinação regulatória para que a inadimplência do MRE abranja as operações do MCP”; que por não integrar o MRE, não pode ser considerada “agente impactado” para os fins do art. 10, § 1º, II, da R-552/2002, e que essa é a determinação constante do art. 23 do Decreto 2.655, de 1998 (D-2.655); que, nos termos desse dispositivo, “as regras do MRE exigem que a alocação de energia seja contabilizada apenas entre os seus membros e não obriga a aplicação do fator GSF (que serviria para ajustar apenas o inciso I do artigo 23)”; que “[p]oderiam ser aplicados outros critérios, mas não poderiam ser afetados outros agentes”; que a “despeito da correção ou incorreção da aplicação do fator GSF, o questionamento dessas medidas na escala em que observado seria motivo suficiente para que o mecanismo de determinação de cotas do MRE fosse revisto, ou, ao menos, para que

fosse adotado um 'mecanismo auxiliar de cálculo' (nos termos do art. 10 da Resolução Aneel 552/2002) de forma que as operações do MRE resultassem em uma menor inadimplência no sistema e não impactassem os agentes que não participam desse condomínio"; que, "ao contrário disso, as Agravadas deixaram que o caos se implantasse no mercado de curto prazo, ao invés de adotar medidas paliativas para restringir os efeitos do questionamento judicial do fator GSF"; que as agravadas criaram "uma contabilização que faculta a inadimplência dos agentes de geração que não possuem mais cotas do MRE, deixando que essa inadimplência se espalhe para os demais segmentos do mercado, como é o [seu] caso"; que as agravadas poderiam "criar uma forma provisória de contabilização do MRE, sem a utilização do fator GSF, ou mesmo abandonar o mecanismo, dado o expressivo questionamento judicial do critério em questão, de forma a reordenar as cotas das participantes do MRE, sem que isso afetasse os demais agentes no MCP"; "que muitas das decisões que questionam a aplicação do fator GSF no MRE já deixaram de ser simples decisões de antecipação de tutela (ou de tutela de urgência) e já foram objeto de sentença"; que, assim, "[n]ão se trata mais de uma cognição sumária, que possibilita a adoção de solução paliativa pelo agente regulador, mas sim de decisões com cognição definitiva que determinam uma atitude igualmente definitiva de resolver a questão sob discussão"; que "[o]utra medida seria cobrar o impacto do afastamento do fator GSF apenas das empresas que compõem o MRE e que, em tese, estariam sendo beneficiadas com a aplicação do fator nos moldes originais"; que "não se nega que a contabilização tem 'soma zero', como bem dispôs a CCEE, questionam-se aqui os critérios de distribuição de responsabilidades dentro desse mercado, assim como a atuação do regulador lato sensu para minorar os efeitos das decisões judiciais envolvendo a matéria"; que "[n]ão é possível concordar a solução encontrada pelas Agravadas: suspender a aplicação do MRE em termos contábeis e socializar a inadimplência resultante (que seria das empresas que compõem o condomínio) para os demais agentes do setor"; "que a medida adotada pelas Rés macula as regras de contabilização próprias do MRE, bem como viola o princípio da proporcionalidade, dado que importa na responsabilização de terceiros, no caso, dos consumidores livres e parcialmente livres por débitos dos agentes de geração"; que assim "como a tarifa se vincula à oneração dos serviços, a contabilização também deveria obedecer tal princípio"; que, em virtude disso, e "[c]omo as relações no MRE afetam de forma direta os agentes a ela vinculados, viola a proporcionalidade determinar que outros agentes, que não participam do mecanismo, sofram as consequências da sua inadimplência"; que a agravante vive num "ambiente em que os débitos das empresas com a CCEE são reais e cobrados com singular presteza, inclusive com a determinação de desligamento e suspen[s]ão dos direitos dos agentes, mas os seus créditos são 'imaginários', meros 'números em planilhas' de contabilização, apesar da venda real de suas cotas de energia"; que há um desequilíbrio na relação entre os agentes do setor de energia e o tratamento dado a eles pelo regulador (agravadas); que "[c]aso a inadimplência fosse por parte [dela], certamente já teria sofrido alguma sanção imposta pelas normas de contabilização, ao passo que as geradoras, aplicando-se ou não o fator GSF, devem fortunas ao sistema, e nada é feito para a alteração desse quadro"; que está sendo chamada para arcar com os custos de um sistema do qual não participa e não tem o dever de sustentar; "que [...] pretende [a] declaração de ilegalidade dos procedimentos de contabilização adotados pelas Agravadas na contabilização das decisões que afastaram o fator GSF, de forma que eles sejam restritos apenas àqueles que realmente estão relacionados com a medida, os agentes que compõem o MRE"; que estão presentes os requisitos para a concessão da antecipação da tutela recursal; que "[o] O requisito da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) está calcado na existência de disposições: • Regulatórias, que afirmam que os rateios decorrentes do MRE devem ser resolvidos entre os seus membros; • Processuais, que impedem que a concessão de decisão judicial impacte os agentes estranhos às questões ali discutidas, bem como que as decisões judiciais criem e cerceiem obrigações de terceiros estranhos às relações processuais, e • Constitucionais, que exige que a obrigação seja proporcional ao uso ou custo relacionado do sistema elétrico"; que "o *periculum in mora* resta evidenciado no dano experimentado mês a mês pela Agravante, que não está recebendo os valores da liquidação do MCP a que faz jus, totalizando a quantia de R\$ 1.339.334,65 (um milhão trezentos e trinta e nove mil trezentos e trinta e quatro reais e sessenta e cinco centavos), com os evidentes impactos em suas operações"; requer a concessão da antecipação da tutela recursal a fim de que seja determinada "determinando a recontabilização das operações passadas e a contabilização das vincendas sem que a Agravante seja afetada, nas liquidações das operações do Mercado de Curto Prazo – MCP da CCEE, em face das ações propostas pelos agentes de geração que participam do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE contra a aplicação do Fator de Ajuste da Garantia Física, ou *Generation*

Scaling Factor – GSF em face da Agravante de forma que essa inadimplência não seja por ela suportada, com a liberação dos seus créditos retidos em função dos critérios aplicados”. RU, fls. 4-25.

A CCEE respondeu ao recurso argumentando, em suma, a ausência de interesse em agir da agravante; e a conformidade do procedimento atacado neste recurso com o disposto na Resolução Normativa 109, de 26/10/2004, da Aneel, que instituiu a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica. RU, fls. 404-433.

A Aneel também respondeu ao recurso, alegando, em sinopse, que o procedimento impugnado está em consonância com a jurisprudência desta Turma. RU, fls. 602-636.

II

Nos termos do art. 1.015, I, do CPC, “[c]abe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre”, *inter alia*, “tutelas provisórias”. Na decisão recorrida, o juízo indeferiu o “pedido de tutela provisória de urgência”. Portanto, o presente recurso é passível de conhecimento por esta Corte.

O recurso é tempestivo. CPC, art. 1.003, § 5º.

A petição de agravo atende aos requisitos legais e está instruída com os documentos necessários à compreensão da controvérsia. CPC, art. 1.016 e art. 1.017.

III

Nos termos do art. 1.019, *caput*, I, do CPC, “[r]ecebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias”, *inter alia*, “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”.

A

Na espécie, não se verifica, de plano, nenhuma das hipóteses previstas no art. 932, incisos III e IV, do CPC.

Cumprir verificar, portanto, a presença, ou não, dos requisitos legais para a concessão, ou a denegação da tutela recursal requerida pela agravante.

B

Como bem resume o Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira, em relação ao Estado, “não há falar, substancialmente, em sujeito de direitos, mas em um ente dotado de competências para cuidar de interesses alheios. Seus *direitos* não significam *poderes*, mas *competências* (Kelsen), logo, *poderes-deveres* para realizar o interesse da sociedade.”¹ Ainda se encontra mantida “a dicotomia (critério também típico do racionalismo) *mérito* (em simetria com *discricionariedade*) e *legalidade* (noção simétrica a *vinculação*), diante da ciosa preocupação de só admitir o controle judicial da legalidade”.² Em Direito Público (Direito Administrativo) vigora o princípio constitucional da legalidade (CF, art. 37, *caput*), pelo qual a Administração Pública somente está autorizada a proceder de conformidade com o preceituado em lei. Nas relações de direito privado é que vigora o princípio de que “o que não está proibido, está permitido”. Há muito, Hely Lopes Meirelles ensinava que

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.³

E, nos termos da sentença de Michel Stassinopoulos, a Administração Pública não apenas está proibida de agir contra *legem* ou *extra legem*, senão que somente pode atuar *secundum legem*.⁴ Na realidade, “[t]odos os agentes

¹ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. 2. ed. rev. atual. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 73.

² MOREIRA, João Batista Gomes. *Idem*.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 82.

⁴ Apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 51.

estatais estão submetidos aos limites que a ordem jurídica lhes impõe, não havendo situação que possa isentar qualquer deles de tal subordinação”.⁵ Em suma, “[a] obediência ao princípio da legalidade é conduta que devem ter, permanentemente, os que defendem a sobrevivência do regime democrático.”⁶

Portanto, as agravadas estão limitadas, na execução do mercado de curto prazo de comercialização de energia elétrica, ao disposto na Constituição, nas leis e nos demais atos normativos pertinentes.

C

A agravante alega que ela, ao contrário do sustentado pelo juízo, na decisão recorrida, não participa do MRE; que, nos termos do art. 20 do Decreto 2.655, de 1998, participam do MRE “as usinas hidroelétricas com o objetivo de compartilhar entre elas os riscos hidrológicos”; que “[a] própria CCEE informa em seu site que o MRE abrange as usinas hidrelétricas sujeitas ao despacho centralizado do ONS, ficando facultado às pequenas centrais hidroelétricas de participarem” desse mecanismo; que, segundo as regras de Comercialização e Mecanismo de Realocação de Energia, “participam do MRE usinas hidroelétricas, o que não é o [seu] caso [...], que é consumidora potencialmente livre atuante no ramo de ferroligas”; que em virtude de não participar do MRE, “não deve sofrer impactos das operações do MRE em suas operações no Mercado de Curto Prazo (MCP).”

A CCEE confessa que a agravante não participa do MRE. Segundo a CCEE, a agravante não teria interesse processual pelo fato de ela

[...] não é afetada diretamente pela operacionalização das decisões judiciais que discutem a aplicação do GSF, já que os impactos decorrentes da operacionalização das referidas decisões estão sendo alocados pela CCEE, exclusivamente, entre os integrantes do Mecanismo de Realocação de Energia - MRE, condomínio do qual a agravante não está incluída, na medida em que ela não participa do MRE.

RU, fls. 408-409. Além disso, a CCEE afirma

[...] que não foi alocado qualquer ônus financeiro direto decorrente da operacionalização das decisões que discutem o GSF para a agravante, uma vez que as decisões liminares proferidas em favor das usinas hidrelétricas integrantes do MRE versam sobre a responsabilidade dessas usinas pela geração de energia hidráulica (o que não é o caso da agravante).

RU, fl. 413. Grifo omitido. Essa confissão está em consonância com a alegação central da agravante para justificar o deferimento da tutela recursal, qual seja: a de que, por não participar do MRE, não pode sofrer os impactos decorrentes das decisões judiciais relacionadas ao GSF.

No entanto, a alegação da CCEE no sentido da ausência de interesse em agir da agravante esboroa-se por completo em virtude de suas próprias afirmações, ao reconhecer que

[...] o real motivo pelo qual a agravante, assim como outras centenas de agentes da CCEE, não vem recebendo os seus créditos no âmbito das liquidações financeiras realizadas pela CCEE, decorre da extremada judicialização do setor de energia elétrica, bem como de uma outra regra do mercado, chamada de rateio da inadimplência (loss sharing), por meio da qual os todos os agentes credores do Mercado de Curto Prazo (MCP) compartilham igualmente os efeitos da inadimplência dos agentes devedores.

RU, fl. 409. Assim, a CCEE confirma que à agravante está sendo imputado o custo decorrente “da extremada judicialização do setor de energia elétrica”. Em consequência, é evidente o interesse em agir da agravante.

Para combater a extremada judicialização, a CCEE impõe aos *não integrantes* do MRE, como é o caso da agravante, o compartilhamento dos “efeitos da inadimplência dos agentes devedores” do MRE, ou seja, dos *integrantes* desse mercado. Enquanto as agravadas persistirem na imputação dos efeitos da inadimplência aos não integrantes do MRE, os integrantes dele continuaram a abusar da judicialização do setor. Se as empresas na específica situação de fato da agravante (siderúrgica produtora de energia elétrica) continuarem a suportar os encargos decorrentes das

⁵ STJ, HC 190.334/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 10/05/2011, DJe 09/06/2011.

⁶ TRF 5ª Região, AC 89.05.09532-1/RN, rel. Desembargador Federal José Delgado, Segunda Turma, DJ 10/04/1990.

decisões judiciais relativas ao GSF, em ações propostas pelos integrantes do MRE, esses agentes terão trânsito livre para perpetuar a “extremada judicialização do setor de energia elétrica”.

A CCEE alega que:

Na atual situação, diante da extremada judicialização do setor de energia elétrica, todo o setor tem sofrido com os impactos das diferentes decisões judiciais concedidas aos diversos agentes.

Por isso, o não recebimento de valores decorre exatamente do cumprimento das decisões judiciais que impõem à CCEE o pagamento integral dos créditos de outros agentes. Explica-se.

Ao operacionalizar a inadimplência, a CCEE deve empregar o valor arrecadado dos agentes devedores, primeiramente, para pagamento dos agentes que obtiveram decisões judiciais que determinam o recebimento integral de seus créditos.

Tais agentes, acobertados por comandos judiciais, pouco atentas às especificidades do mercado de energia elétrica, não recebem seus créditos proporcionalmente ao valor arrecadado pela CCEE em cada liquidação. Ao contrário, recebem seus créditos integrais.

Isso faz com que o montante que resta para pagamento dos agentes não acobertados por decisões judiciais seja consideravelmente inferior ao valor pago pelos agentes devedores. Como consequência, os agentes não beneficiados por comandos judiciais [sic] não recebem proporcionalmente à inadimplência, mas proporcionalmente ao montante que restou, após o pagamento dos agentes providos de tutela jurisdicional.

Para se ter uma ideia dessa realidade, ressalta-se que na última liquidação financeira realizada pela CCEE nos dias 11 e 12 de maio de 2017, referente ao mês de março de 2017, 110 agentes credores receberam aproximadamente R\$ 232 milhões, em virtude de comandos judiciais, enquanto os demais 4.991 agentes tiveram que partilhar o saldo remanescente (aproximadamente R\$ 530 milhões) (Doc. 02).

RU, fls. 414-415. Grifo omitido. A agravante não se insurge contra essa realidade, mas, sim, contra o fato de *ela, que não participa do MRE, ser chamada para compartilhar os efeitos negativos das decisões judiciais favoráveis aos que participam do MRE.*

A CCEE alega, ainda, que

[...] o Mercado de Curto Prazo - MCP é um mercado de “soma zero”: a soma dos valores devidos pelos agentes é idêntica, em cada liquidação, à soma dos créditos detidos pelos agentes credores.

Isso significa que, se um agente devedor deixa de depositar os recursos (seja qual for a motivação ou a razão da inadimplência), os credores são afetados diretamente, deixando de receber proporcionalmente os recursos previstos, pela aplicação do que se convencionou chamar de rateio da inadimplência ou loss sharing.

Trata-se de conclusão óbvia, inerente às características de um mercado de “soma zero” em que a falta de aporte de recursos pelos devedores inviabiliza o repasse integral dos mesmos recursos aos credores.

RU, fls. 417-418. Grifo omitido. A agravante também não questiona o fato de o MCP se tratar de um mercado de “soma zero”, mas, sim, a obrigação de ela responder pelos efeitos das decisões judiciais favoráveis aos integrantes do MRE, o que é bem diferente.

Nos termos do art. 20 do Decreto 2.655, “[a]s regras do MAE [Mercado Atacadista de Energia] deverão estabelecer o mecanismo de Realocação de Energia - MRE, do qual participarão as usinas hidrelétricas com o objetivo de compartilhar entre elas os riscos hidrológicos.” Em consonância com o princípio enunciado no art. 20 do Decreto 2.655, a agravante alega que somente os integrantes do MRE devem compartilhar os efeitos decorrentes das decisões judiciais proferidas em seu âmbito.

Até aqui, a Sexta Turma em decisões colegiadas, analisando essa questão específica, tem afastado as pretensões das empresas não integrantes do MRE, nos seguintes termos:

I - Os consumidores livres de energia elétrica que têm crédito a receber no âmbito do Mercado de Curto Prazo - MCP, por terem consumido menos energia do que compraram no ciclo anterior, não podem ser impactados, de forma direta, por decisões judiciais proferidas em favor de agentes hidrelétricos que compõem o Mecanismo de Realocação de Energia - MRE, as denominadas “Liminar GSF” e “Liminar de Proteção” (1ª e 2ª fases da judicialização no âmbito do Setor Elétrico).

II - Hipótese dos autos, contudo, em que a CCEE e a Aneel não vêm repassando às associadas da agravante, de forma direta, os débitos decorrentes de decisões judiciais. O que acontece é que os geradores hidrelétricos, acobertados por “liminares GSF” e “liminares de proteção”, estas para impedir que aqueles sofram os efeitos das “liminares GSF” concedidas

sem que tenham participado da demanda, não possuem crédito para saldar suas obrigações no âmbito do MCP, razão pela qual, de forma indireta, os que participam desse mercado são afetados.

III - Em razão da organização própria e peculiar do mercado, não há como os credores do MCP não serem afetados, de forma indireta, pelas liminares GSF (Fator GSF e Liminares de Proteção), o que não significa, o por outro lado, que a CCEE venha lhes imputando débitos do MRE e que deveriam ficar restritos no âmbito do referido condomínio. Os credores do MCP, em verdade, estão sem receber seus créditos justamente por inexistir condição material para que ocorra a operação.

IV - Não pode a CCEE, diante da insuficiência de recursos financeiros para pagamento de crédito às associadas da agravante e de todos os demais credores que estão por ela representados, suspendê-lo em relação a alguns e realizá-lo em relação a outros.

V - Situação concreta, contudo, em que o pagamento privilegiado a alguns credores do MCP ocorreu tanto por decisão judicial que assim determinou (a exemplo da proferida no MS nº 1007276-60.2015.4.01.3400, 6ª Vara Federal da SJDF), quanto por interpretação da CCEE de que apenas os credores do MCP com liminar é que receberiam os créditos que surgissem durante a judicialização da questão.

VI - As decisões judiciais que determinam o pagamento integral de créditos aos respectivos autores/impetrantes, credores no âmbito do MCP, não podem ser revistas em sede de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em demanda em que se objetiva o pagamento proporcional. Devem as partes, em verdade, reputando-se prejudicadas por aqueles atos decisórios, lançar mão dos instrumentos recursais cabíveis (a título de exemplo, recurso de terceiro prejudicado - art. 499 do CPC/1973, com correspondência no art. 996 do CPC/2015). Entendimento que se justifica na medida em que, mesmo que haja nos presentes autos determinação judicial no sentido de que a CCEE não deve criar privilégios entre os credores no âmbito do MCP, ficará ela sem saber a que decisão judicial dar cumprimento, já que oriundas de feitos distintos e entre os quais não fora reconhecida conexão ou continência.

VII - Também não há solução a ser adotada no caso concreto para as hipóteses em que a CCEE considera que apenas os credores com decisões favoráveis é que recebem os poucos recursos que aportam para a liquidação financeira no âmbito do MCP. Isso porque a forma de cumprimento das decisões judiciais que são favoráveis aos mais diversos credores no âmbito do MCP somente pode ser discutida nos respectivos processos, não sendo possível que, neste agravo de instrumento, seja dito à CCEE a forma de materialização dos atos judiciais proferidos em demandas distintas.

VIII - A conclusão a que se chega, pois, é a de que, embora a regra do rateio proporcional seja a que mais atende o critério de justiça, ela já era a utilizada pela CCEE antes da 3ª fase de judicialização das demandas do Setor Elétrico, sendo que, qualquer desrespeito em relação a ela oriundo de decisão judicial ou de interpretação acerca de seu cumprimento deve ser objeto de questionamento pelas partes (originárias ou terceiros prejudicados) nos autos respectivos. Entendimento em sentido contrário, em verdade, permitiria que cada um dos “credores do MCP sem liminar” ingressassem em juízo pleiteando a distribuição proporcional dos créditos, regra já adotada pela CCEE, que, por sua vez, apenas privilegiou alguns credores em razão de liminares a eles favoráveis, liminares essas que devem ser questionadas nas instâncias recursais pelos meios próprios.

(TRF 1ª Região, AG 0005724-58.2016.4.01.0000/DF, rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1 de 18/04/2016.) No mesmo sentido:

1. A Lei 10.848, de 15/03/2004 (Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica) estabeleceu parâmetros gerais e específicos para a comercialização de energia elétrica, configurando um marco regulatório do setor elétrico brasileiro, composto, entre outros aspectos, por um conjunto de normas legais e também por um grande número de instituições que desempenham funções especializadas e convergem suas atuações, de modo harmônico para o atingimento da finalidade pública de geração, transmissão, comercialização e suprimento da demanda de energia brasileira.

2. Desempenhando a função de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional - SIN, sob a fiscalização e regulação da Aneel, situa-se na estrutura do setor elétrico o Operador do Sistema Nacional - OSN, pessoa jurídica de direito privado e sem fins lucrativos, criado pela Lei 9.648/2004, alterada pela Lei 10.484/2004, e regulamentado pelo Decreto 5.081, de 14/05/2004.

3. Também atuando sob a regulação e a fiscalização da Aneel, e exercendo peculiar atuação na comercialização de energia elétrica, figura a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, instituição também sem fins lucrativo, criada pela Lei 10.848, de 15/03/2004, como se verifica em seu art. 4º, à qual incumbe a responsabilidade pela viabilização da comercialização de energia elétrica brasileira.

4. As operações de compra e venda de energia elétrica realizada no país devem ser submetidas a registro na CCEE, que, embora não participe desses atos negociais na condição de credora ou devedora, é responsável também pela contabilização dos valores negociados, ou seja, pela expressão financeira dos aportes de produção física de energia que foram produzidos, notando-se que aproximadamente 3.200 (três mil de duzentos) agentes, que integram o Mercado de Curto Prazo -MCP, participação dessas operações multilaterais de compra e de venda de energia.

5. No Mercado de Curto Prazo - MCP as negociações de compra e venda de energia ocorrem mediante contratação bilateral ou multilateral, diretamente entre os agentes, sendo contabilizadas as diferenças entre as quantidades de energia contratada e as quantidades de geração e de consumo que de fato ocorreram, sendo tais diferenças, ora de crédito, ora de débito, atribuída aos respectivos agentes, em decorrência, essas diferenças entre produção e consumo são apuradas, dimensionadas e contabilizadas pela CCEE, e posteriormente liquidadas financeiramente no MCP, mediante valoração atribuída ao Preço de Liquidação de Diferenças (PLD).

6. O denominado Mecanismo de Realocação de Energia - MRE foi instituído com a função de conferir eficácia à distribuição do montante de energia gerada por todas as concessionárias integrantes desse sistema (segundo dados não oficiais, cerca de 297 geradoras), permitindo de tal modo o compartilhamento dos riscos financeiros eventualmente resultante do despacho centralizado realizado pelo Operador Nacional do Sistema - ONS e do natural risco hidrológico que envolve essa área de atividade empresarial, o que permite ao MRE transferir o excedente de produção de algumas geradoras que produziram energia acima de suas garantias físicas para outras geradoras, que não conseguiram atingir a garantia física que contrataram. No entanto, quando o montante de energia produzido pelas geradoras que integram o MRE - cerca de 297 - mesmo havendo a realocação, não é suficiente para suprir a demanda de energia prevista na dimensão de produção - garantia física - estabelecida para cada uma das usinas, o parâmetro de medição de energia produzida, denominado de GSF (Generation Scaling Factor), fica em posição inferior a 100% (cem por cento), sendo necessário que a geradora se exponha no Mercado de Curto Prazo - MCP para adquirir essa diferença de energia, e o agente integrante do MRE que não consegue produzir a capacidade contratada terá que comprar energia a um preço maior no MCP para honrar seus compromissos contratuais.

7. Não é ilegal a exposição no MCP de geradoras precisem adquirir energia, como também não é irregular o fato de que, eventualmente, no ambiente do Mercado de Curto Prazo, e em decorrência de sua auto-regulação, em determinada liquidação não seja possível, pela indisponibilidade parcial de créditos, o pagamento integral de todos os credores, cujas diferenças de crédito serão sequencialmente compensadas.

8. A limitação judicial do GSF, por exemplo, em 5% (cinco por cento), como de fato se verificou em diferentes provimentos judiciais liminares, permite que a diferença de energia referente à garantia física prevista não precise ser recomposta, não precise ser oferecida, e tampouco comprada no MCP, modelo que, inevitavelmente, conduzirá à inviabilização do próprio sistema de distribuição e comercialização de energia no âmbito do Sistema Interligado Nacional - SIN, porque não há como fictamente (judicialmente) superar a necessidade física de produção e compensação da energia que é direcionada ao consumo adstrito ao sistema elétrico brasileiro.

9. As usinas integrantes do MRE, quando não conseguem produzir a energia contratada buscam comprar energia complementar no MCP por preços maiores, e, por outro lado, quando produzem acima da capacidade contratada vendem o que sobeja também no MCP, auferindo preços bem superiores aos que obteriam com a venda da energia contratada, motivo pelo qual a decisão judicial que limita o GSF permite a manutenção destes agentes no melhor dos dois mundos, pois quando não conseguem produzir a energia contratada estarão desobrigados de comprar o que lhes faltou para honrar seus contratos no MCP (em detrimento de todos os demais agentes do MRE que serão acionados para suportar a complementação da energia não produzida); e quando produzirem energia em sobejo, como já deve estar ocorrendo em razão da elevação dos níveis das águas nos reservatórios, poderão vender essa energia a preços muito mais atrativos no MCP, em detrimento dos demais agentes integrantes do MRE que não gozam de provimento judicial limitador do GSF.

10. A determinação judicial limitadora do GSF protege o agente integrante do MRE em qualquer hipótese de insuficiência de produção, como por exemplo na ocorrência de defeitos nas suas instalações, paralisação de uma turbina, má gestão, paralisação de pessoal etc..., ou mesmo em razão da mera deliberação em não produzir para este escopo quando os reservatórios de água estiverem com nível elevado, uma vez que estariam exonerados de honrar seus contratos acima do percentual limitado, hipóteses que refogem aos parâmetros administrativos e legais que orientam essa área empresarial.

11. Os ajustes da expressão financeira das diferenças entre a energia contratada (garantia física da geradora) e a energia efetivamente produzida e consumida é realizada no Mercado de Curto Prazo, no qual participa, além das geradoras de fonte hídrica, que integram o MRE, outros segmentos de agentes do mercado, entre os quais os geradores de energia de outras fontes, a exemplo, da biomassa, eólica e solar. A alteração do GSF no âmbito do MRE, por força de diversas decisões judiciais, isenta as geradoras que produziram montante de energia inferior às suas garantias físicas de comprarem essa diferença de energia mediante exposição no MCP, o que resulta na redução de recursos financeiros disponibilizados nesse ambiente, precisamente pela redução na exposição de algumas geradoras de fonte hídricas, integrantes do MRE. Como resultante natural desse comportamento sistêmico, a liquidação de créditos e débitos no MCP, a partir dos valores financeiros disponíveis, realiza os pagamentos dos créditos de modo proporcional, não privilegiando ou prejudicando isoladamente nenhum dos agentes participantes, e as frações e percentuais de créditos que eventualmente não tenham sido pagos são regularmente contabilizadas, para adimplemento nas liquidações subsequentes realizadas pela CCEE, ou seja, o que não recebe neste mês fica contabilizado como crédito para recebimento no mês subsequente.

12. Na hipótese dos autos, a Associação agravada, sob o argumento de que não integra o MRE, não é hidrelétrica e utiliza biomassa como fonte de produção, pediu, e obteve, provimento judicial liminar para não se submeter aos critérios

multilaterais do Mercado de Curto Prazo, tendo assim direito de receber seus créditos integralmente, e não proporcionalmente, conforme disponibilidade financeira do MCP, e não solver proporcionalmente os débitos também produzidos nesse mesmo ambiente, hipótese anterior do que ocorre com o credor, evidência que confronta com o direito aplicável à espécie.

13. Não há qualquer repercussão das medidas judiciais proferidas no âmbito do MRE - que reduzem garantia física de produção - em relação aos agentes que participam da comercialização de energia no Mercado de Curto Prazo - MCP, sejam geradoras ou consumidoras, ou possuem qualquer outra natureza, porquanto cuida-se de segmentos inteiramente diversos, que possuem regras e parâmetros próprios.

14. Não há fundamento legal, fático ou normativo, que autorize a concessão de medida judicial que, sob a alegação de prejuízo causado por decisão judicial proferida em processo em que não é parte (editada no âmbito do MRE), assegure a participantes do MCP o recebimento integral de seus eventuais créditos, ao invés do recebimento proporcional, segundo os ditames desse ambiente de comercialização, e, por semelhante razão, também não é cabível a concessão de autorização judicial que isente participantes do MCP da obrigação de adimplemento dos débitos que lhes são próprios (Conforme dispõem os artigos 17, inciso IV, e 47, §1º da Convenção de Comercialização da CCEE, anexa à Resolução Normativa 109/2004, eventual inadimplência por um devedor do mercado autoriza o pagamento proporcional, segundo o valor existente, aos credores, estruturando-se assim o "mercado de soma zero).

15. No âmbito do Mercado de Curto Prazo, o valor eventual não pago por um ou alguns de seus agentes poderá e deverá ser proporcionalmente rateado, compartilhado, com os demais agentes, na medida, também proporcional, dos créditos que possuem, na forma que se indica, ou seja, no mesmo período de contabilização, não configurando nenhuma diferença entre a inadimplência que decorra de uma sentença que tenha autorizado a recuperação judicial ou de um provimento judicial liminar que, por exemplo, limite o percentual de GSF, trazendo repercussão financeira indireta na participação da sociedade empresária no MCP. Se o inadimplemento causado por um procedimento de recuperação judicial justifica o rateio no MCP, não há razão para não aplicar esse procedimento quando, também por força de uma decisão judicial, no caso a eventual limitação do GSF, a capacidade de pagamento de um determinado agente seja temporariamente reduzida.

16. Não é possível que se isole os agentes que participam do mercado de energia no contexto brasileiro das naturais repercussões que as alterações na geração de energia podem ocasionar, não se constituindo ilegalidade o fato de o MCP, de modo temporário e até, de certo modo, previsto, sofrer em algum nível influência indireta de alterações no quantitativo de energia produzida, notando-se que até mesmo o consumidor final, cidadão comum, mesmo sem participar de nenhum mercado comercialização de energia, também é alcançado por essas mesmas alterações de produção, quando ocorrem.

17. Quando a disponibilidade financeira (saldo financeiro) disponível no MCP é direcionado ao pagamento integral do crédito de um determinado agente - em cumprimento a determinação judicial -, outros agentes deixaram de receber, proporcionalmente, o valor que lhes seria endereçado, e quando esse procedimento se multiplica, apenas os grupos de agentes amparados por decisão judicial passam a receber os seus créditos de forma integral (enquanto são poucos), e, com a reiteração ilimitada dessa solução judicial, os recursos financeiros do MCP não serão suficientes para o pagamento, sequer, dos agentes amparados por liminares. Assim, se todos os agentes estiverem amparados judicialmente para o recebimento integral de seus créditos, nenhum agente receberá, porque o Mercado fica paralisado em razão da inexistência de recursos para promover o pagamento dos agentes credores. Precedente: AG 0005724-58.2016.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, SEXTA TURMA, e-DJF1 de 18/04/2016.

18. Conceder condição especial a determinado agente, onde não há distinção, e priorizar cumprimento de obrigação de uns em detrimento de outros, conduz à manifesta violação à isonomia que deve permear a relação entre todos os agentes que participam do Mercado de Curto Prazo.

(TRF 1ª Região, AG 0064291-19.2015.4.01.0000/DF, rel. Desembargador Federal Kassio Marques, Sexta Turma, e-DJF1 29/04/2016.)

Ainda nesse sentido, em decisão monocrática recente, decidiu o Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. (TRF 1ª Região, Pedido 00174344120174010000, Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, julgado em 29/05/2017, e-DJF1 02/06/2017.)

Todavia, em decisão monocrática em agravo de instrumento, o Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, recentemente, em 07/07/2017, concedeu a antecipação da tutela da pretensão recursal "para determinar que a agravada [CCEE] se abstenha de acrescer à cota de aporte de garantia financeira, eventualmente devida pela agravante [S.P.V.R. - Geração e Comercialização de Energia Elétrica Ltda.], os valores decorrentes de decisões judiciais que beneficiarem outras empresas, independentemente de a que meses se refiram os valores abrangidos pelas aludidas decisões, afastando, em consequência, a imposição de sanções decorrentes desse fato." (TRF 1ª Região, AG 00130668620174010000, rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, julgado em 03/07/2017, e-DJF1 07/07/2017.) Essa decisão está apoiada nos seguintes fundamentos:

No mesmo sentido do ato em que se manteve a postergação da apreciação da tutela antecipada para após as contestações, decidi no AI 407591620154010000/DF que a “complexidade e a relevância social da questão não permitem decidir a partir, simplesmente, da argumentação da agravante. É necessário conhecer as contestações da UNIÃO e da AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – Aneel”.

Não obstante, é inegável que a autora-agravante ficará exposta aos efeitos das liquidações que se processarem até a juntada das contestações, hipótese em que o ato de postergação, conquanto desprovido de conteúdo decisório, pode vir a causar lesão. Na decisão acima referida, consignei não parecer “justo que haja transferência para outras empresas, entre as quais as agravantes, dos ‘custos de GSF’ de empresas que obtenham decisões judiciais favoráveis. As liminares são proferidas contra a União, Aneel, CCEE, ONS... e são essas pessoas, partes nos processos (ações individuais), que devem suportar seus efeitos”.

Tomou, pois, em razões de decidir, os mesmos fundamentos a fim de deferir o pedido de antecipação da tutela recursal, em parte, para excluir a agravante do eventual rateio que a CCEE possa promover dos custos de GSF de outros agentes geradores que obtenham decisão judicial favorável para limitar o GSF. (Agravado de Instrumento n. 0041980-34.2015.4.01.0000 - Relator Desembargador Federal João Batista Moreira)

Nesse contexto, quanto ao pleito que ora se formula, penso que a melhor solução, do mesmo modo, a fim de evitar decisões divergentes sobre a questão, é adotar os fundamentos das decisões supracitadas.

(TRF 1ª Região, AG 00130668620174010000, supra.) Essa fundamentação está em consonância com o argumento da agravante no sentido de que “decisão judicial [não pode] impact[ar] os agentes estranhos às questões ali discutidas”, nem criar ou cercear “obrigações de terceiros estranhos às relações processuais”. Cumpre observar que, nesse sentido, a Quinta Turma desta Corte reconheceu que:

Consistindo a pretensão deduzida nos autos de origem na imposição de obrigação de fazer, no sentido de que as promovidas se abstenham de transferir para os associados da promovida o ônus financeiro decorrente do cumprimento de decisões judiciais proferidas no bojo de outras demandas, em que não integram a relação processual ali instaurada, em que se limitou a incidência de ajuste do denominado Fator GSF (Generation Scaling Factor), no âmbito do Mecanismo de Realocação de Energia - MRE, como no caso, a concessão liminar da medida postulada possui natureza eminentemente precautiva, de forma a evitar a redução do rateio dos créditos em relação às referidas associadas, em virtude do suposto desequilíbrio decorrente do cumprimento dos aludidos julgados, até o julgamento final da demanda.

(TRF 1ª Região, AG 0053747-69.2015.4.01.0000/DF, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 de 06/05/2016. Grifei.) Esse fundamento, ou seja, de que as decisões judiciais proferidas no âmbito do MRE não podem prejudicar as empresas não integrantes dele, como é o caso da agravante, é relevante.

Também na Quinta Turma, em decisão monocrática, o Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira decidiu em sentido contrário à pretensão da agravante. (TRF 1ª Região, AGRADO 00222982520174010000, julgado em 10/05/2017, e-DJF1 18/05/2017.) Registre-se, ainda, dentre outras, decisão favorável à pretensão da agravante proferida pelo Desembargador Federal Néviton Guedes, o qual, hodiernamente, não mais integra a Terceira Seção. (TRF 1ª Região, AGRADO 00410594120164010000, Desembargador Federal Néviton Guedes, julgado em 27/07/2016, e-DJF1 1º/08/2016.)

Como dizia o Ministro Orozimbo Nonato, do STF, “[p]refiro errar com o tribunal do que acertar sozinho”. (SILVA, Evandro Lins e. *O salão dos passos perdidos*: depoimento ao CPDOC [Entrevistas e notas: Marly Silva da Motta, Verena Alberti; Edição de texto Dora Rocha]. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1997, p. 478.) Assim, impõe-se, por ora, manter os precedentes da Sexta Turma. Ademais, diante da divergência entre as duas Turmas que compõem a Terceira Seção, a prudência recomenda a confirmação do entendimento desta Turma, e, portanto, do ato judicial questionado até a apreciação deste recurso pelo órgão colegiado.

Portanto, não reconheço a presença do *fumus boni iuris* com a força necessária para autorizar a concessão da tutela recursal.

D

Por outro lado, ausente o *fumus boni iuris*, descabe proceder à pesquisa do *periculum in mora*.

IV

À vista do exposto:

A) indefiro o pedido de antecipação da tutela da pretensão recursal;

(Agravado de Instrumento 0020976-67.2017.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado), e-DJF1 de 02/08/2017, p. 1.047)

Agravado de Instrumento 0019381-33.2017.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da ação ajuizada por Sóstenes Arruda de Macedo, ora agravante, contra a União Federal e José Augusto Silveira de Andrade Filho, em que se busca a concessão de tutela de urgência, no sentido de que sejam adotadas medidas de cunho administrativo pelo Ministério das Relações Exteriores e pelo Consulado Geral do Brasil em Santa Cruz de la Sierra (Bolívia), todas voltadas ao regular exercício das atividades funcionais do autor, na condição de cônsul-adjunto na referida localidade.

O juízo monocrático resumiu e resolveu a controvérsia instaurada nos autos de origem, nestes termos:

Trata-se de ação, submetida ao rito comum ordinário, ajuizada por SÓSTENES ARRUDA DE MACEDO em face do CÔNSUL-GERAL DO BRASIL EM SANTA CRUZ DE LA SIERRA JOSÉ AUGUSTO SILVEIRA DE ANDRADE FILHO, em que pretende provimento judicial antecipatório para determinar ao réu a adoção de providências no sentido de:

a) Prestar imediatamente os alimentos adquiridos com os recursos creditados pelo MRE na conta bancária do Consulado-Geral do Brasil em Santa Cruz de La Sierra, em 27/12/2016 — US\$ 2.500 (dois mil e quinhentos dólares) da dotação da ABE/MC -, aos cidadãos brasileiros encarcerados no Centro Penitenciário Palmasola;

b) solicitar ao MRE recursos adicionais para a dotação ABE/MC a serem executados ao longo do ano fiscal de 2017, respeitando, obviamente, a disponibilidade orçamentária do Ministério, com o fito de assegurar a prestação de alimentos de forma periódica e regular e assim minimizar os efeitos da insegurança alimentar e nutricional dos encarcerados brasileiros na jurisdição do consulado;

c) cumprir, sem criação de entraves burocráticos, como “ato de ofício”, as instruções do Ministério das Relações Exteriores, contidas no despacho 348, de 29/12/2016, no sentido de confirmar que o menor sob guarda do Requerente, Felipe de Almeida Demétrio, o acompanha desde seus primeiros dias na Bolívia, tendo chegado a Santa Cruz de La Sierra em 25 de julho de 2014;

d) emitir passaporte diplomático para o menor-dependente do Requerente, Felipe de Almeida Demétrio, e encaminhar o documento de viagem à Embaixada do Brasil em La Paz para as providências correspondentes de solicitação de visto e identificação diplomáticos à Chancelaria boliviana;

e) restituir ao Requerente a sala da qual o despejou, no andar térreo do Consulado;

f) restituir as funções de assistência consular exercidas pelo Requerente como Cônsul-Adjunto no Consulado-Geral do Brasil em Santa Cruz;

g) restituir ao Requerente todas as suas ferramentas de trabalho, a saber:

g.1 — acesso telefônico para ramais móveis e internacionais;

g.2 — computador com equipamentos de “soft” e “hardware” atualizados e em perfeito estado de uso;

g.3 — jornais de circulação diária na jurisdição do posto; g.4 — acesso à rede de “Internet” sem fio do Consulado;

h) restabelecer o pleno acesso do Requerente, Cônsul-Adjunto, ao Consulado-Geral do Brasil em Santa Cruz de La Sierra, por meio de:

h.1 — entrega das chaves das instalações do Consulado, incluindo as das salas de comunicação e arquivo;

h.2 — permissão para estacionar o veículo com chapa diplomática 08-CC-10, de propriedade do Requerente, nos espaços reservados pela Prefeitura Municipal de Santa Cruz de La Sierra para os veículos diplomáticos na rua em frente ao Consulado;

i) expedir ofício à gerência do Banco do Brasil em Santa Cruz de La Sierra com informação de que, em cumprimento a decisão judicial, o Consulado autoriza o veículo com chapa diplomática 08-CC-01, modelo camionete Ford Ranger, de propriedade do Requerente, a estacionar em espaço reservado a veículos especiais na frente daquela agência;

j) desobrigar o Requerente-Diplomata do controle eletrônico de horário, em isonomia à isenção deste controle a todos os integrantes da carreira de diplomata (lotados na Secretaria de Estado das Relações Exteriores, em Brasília, e em todos os 225 Embaixadas, Consulados, Missões e Escritórios do Brasil no exterior);

1) permitir o acesso do Requerente a todos os expedientes e documentos, inclusive os de caráter de sigilo reservado e secreto, nos quais contenham seu nome ou informações a seu respeito, para que possa exercer plenamente seu direito de defesa;

m) prestar contas, por meio de Telegrama ostensivo distribuído à Corregedoria do Serviço Exterior do MRE e às Divisões do Pessoal, de Pagamentos, de Assistência Consular e da Bolívia e Paraguai, com retransmissão automática para a Embaixada do Brasil em La Paz, do cumprimento de cada uma das decisões liminares de Vossa Excelência, no prazo de 48 horas, contados a partir da data do recebimento da respectiva notificação do judicial pelo MRE;

n) “pagar, cumulativamente, multa diária de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) pelo descumprimento, parcial ou total, de cada uma das determinações liminares de Vossa Excelência.” (fls. 40/42).

Requeru, ainda em sede de liminar, que fosse determinado ao Ministério das Relações Exteriores:

o) a interrupção imediata de férias, por razão de serviço, caso o Requerido eventualmente se encontre em gozo de férias quando das decisões liminares, a fim de que o próprio Requerido possa dar ágil e pleno cumprimento aos mandados judiciais e

p) “a exclusão dos registros solicitados pelo Requerido nos Telegramas 611 de 2015 e 604, 615, 633, 641, 657, 673, 704, 714, 714, 776, 787 de 2016 nos assentamentos de pessoal, na Divisão do Pessoal e na Corregedoria do Serviço.” (fls. 42/43).

Na petição inicial, o autor descreve uma série de condutas praticadas pelo réu, tais como: a) a criação de embarços à prestação de serviços consulares aos brasileiros encarcerados na penitenciária Palmasola, notadamente na prestação de alimentos; b) perseguição do autor e do menor sob sua guarda, dificultando a emissão de seu passaporte diplomático; c) assédio moral e abuso de autoridade praticados contra o autor, assim como o esvaziamento de todas as suas funções no Consulado, transferidas ao Cônsul-Geral Adjunto Antonio Carlos França, companheiro do réu; d) transferência para outra sala no Consulado, assim como a retirada dos seus instrumentos de trabalho; e) proibição de estacionar em espaços reservados pela Prefeitura de Santa Cruz de La Sierra para o corpo diplomático; f) negativa de acesso do autor a áreas restritas do posto oficial; g) exposição da licença para tratamento de saúde e questionamento da validade dos atestados apresentados pelo autor perante o MRE; h) instituição de controle eletrônico de jornada de trabalho; i) produção artificial de documentos, entre outros.

Requer, assim, a concessão de tutela provisória de urgência, diante da fumaça do bom direito, descrita na petição inicial e corroborada pelos documentos trazidos aos autos, e do perigo da demora, pois se encontra à mercê do autoritarismo do réu.

O autor promoveu a emenda à inicial às fls. 299/300 e 304/306 para retificar a petição inicial, com a exclusão dos pedidos e.1 e e.2 e retificar o polo passivo para incluir a União.

Intimada, a União manifestou-se acerca do pedido de tutela de urgência às fls. 311/320, pugnando pelo seu indeferimento, com base nas informações prestadas pelo Cônsul-Geral José Augusto Silveira de Andrade Filho, que relatam as situações versadas na petição de inicial de outra forma, descrevendo um comportamento agressivo por parte do autor.

Alega que não há probabilidade do direito, existindo, na realidade, perigo de irreversibilidade dos efeitos da antecipação de tutela. Quanto ao periculum in mora, pondera que “o autor continua a exercer a função de Primeiro-Secretário e continua ocupando uma sala, ainda maior no Consulado de Santa Cruz” (fl. 318).

Em relação à emissão do passaporte do menor sob guarda do autor, afirma que não é automática e depende de requerimento em qualquer Escritório Regional do Itamaraty.

Por fim, em relação aos alimentos dos presos brasileiros na penitenciária de Palmasola, o Cônsul-Geral informa que a interrupção no seu fornecimento deveu-se a restrições orçamentárias.

Juntou os documentos de fls.321/359.

É o relatório. Decido.

A tutela provisória, no NCPC pode ter como fundamento a urgência (tutela de urgência) ou a evidência (tutela da evidência).

A tutela de urgência de natureza antecipada é medida excepcional cujo deferimento, a teor do art. 300 do NCPC, reclama elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo:

Art. 300. 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.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

No presente caso, não estão presentes os requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela.

É certo que há animosidade e conflito entre o autor e o réu, no âmbito do exercício de suas funções públicas, a partir do relatado tanto na petição inicial como nas informações prestadas pelo Cônsul-Geral à União. Não há nos autos, por outro lado, elementos suficientes para concluir, em sede de cognição sumária, pela existência de assédio moral e perseguição pessoal contra a parte autora.

Os desentendimentos pessoais descritos, mudança de sala e vagas de garagem, controle eletrônico de ponto não constituem, por si sós, provas do alegado assédio moral, principalmente diante da diversidade de versão apresentada pela outra parte.

Não se caracterizou, igualmente, o perigo da demora, pois o autor encontra-se exercendo regularmente suas funções no Consulado do Brasil em Santa Cruz de La Sierra.

Em relação ao pedido de expedição do passaporte diplomático em favor do menor Felipe Demétrio, deve ser observado todo o procedimento regular para a sua obtenção, não tendo sido demonstrada qualquer ilegalidade a ensejar a intervenção do Poder Judiciário no momento.

Por fim, quanto aos pedidos referentes aos recursos financeiros para o custeio de alimentação aos presos brasileiros na penitenciária de Palmasola, cujo corte teria decorrido de restrições orçamentárias, além de se tratar de questão inserta no âmbito da discricionariedade do administrador ao gerir os limitados recursos públicos, o Cônsul-Geral informou terem sido adotadas providências para assegurar “as duas entregas de viveres e material de higiene aos detentos brasileiros durante o primeiro semestre de 2017 — a primeira delas prevista para março corrente e a segunda para junho — já contam com os fundos necessários para sua viabilização” (fl. 334).

Ante o exposto, INDEFIRO O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

Em suas razões recursais, insiste o agravante na concessão da almejada antecipação da tutela postulada nos autos de origem, reiterando os fundamentos deduzidos perante o juízo monocrático.

Reservei-me para apreciar o pedido de antecipação da tutela recursal após a resposta dos recorridos, as quais se encontram acostadas aos autos.

Naquela ocasião, ordenei que o recorrente esclarecesse se o menor Felipe de Almeida Demétrio, em favor do qual se postula a emissão de passaporte diplomático, também integra a relação processual instaurada nos autos de origem, tendo transcorrido, sem cumprimento, o prazo assinalado para essa finalidade.

Registro, inicialmente, que falece legitimação ao recorrente para postular o pedido alusivo à expedição de passaporte diplomático em favor do menor Felipe de Almeida Demétrio, por força do que dispõe o art. 18, *caput*, do CPC vigente, na dicção de que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

Na hipótese dos autos, embora regularmente intimado, o autor não esclareceu se o referido menor integra a relação processual instaurada nos autos de origem, inexistindo nos autos elementos que possam eventualmente comprovar essa situação fática, a inviabilizar o exame do pedido em referência.

Ademais, ainda que assim não fosse, segundo noticiado pelo próprio recorrente, a guarda do referido menor seria apenas informal, circunstância que, em princípio, não autorizaria a adoção da medida por ele postulada.

No mais, não obstante os fundamentos em que se amparou a decisão agravada, vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 1.019, I, do CPC, a autorizar a concessão, ainda que parcial, da pretendida antecipação da tutela recursal, notadamente em face do seu caráter nitidamente precautivo e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravo, manifestada nas letras e na inteligência do referido dispositivo legal.

Com efeito, do exame do conjunto fático-probatório carreado para os presentes autos, bem assim das alegações deduzidas pelos recorridos, afigura-se patente, na espécie, o clima de animosidade existente no relacionamento funcional mantido entre o senhor cônsul-geral e o senhor cônsul-adjunto do Brasil em Santa Cruz de la Sierra, na Bolívia, refletindo, sobremaneira e negativamente, na atuação do agravante, principalmente no que pertine aos serviços de assistência consular até então por ele prestados, principalmente, junto a brasileiros que se encontram privados de sua liberdade de locomoção em território boliviano, impondo-se, assim, a tutela cautelar inibitória postulada, de forma a garantir a manutenção do *status quo ante*.

De ver-se, ainda, que, relativamente aos pedidos formulados sob as alíneas o e p, a pretensão em referência não merece guarida: a primeira por já se encontrar prejudicada em face do decurso de prazo; a segunda, em face do seu caráter satisfativo e por se encontrar atrelado a procedimento de apuração de eventual falta funcional, no âmbito administrativo, cuja legalidade sequer foi objeto do pedido veiculado no feito de origem.

Com estas considerações, defiro, em parte, o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial, para determinar aos promovidos a adoção das medidas postuladas na inicial, sob as alíneas a, b, e, f, g (g.1, g.2, g.3 e g.4), h (h.1 e h.2), i, j, l, m e n, até ulterior deliberação judicial.

(Agravo de Instrumento 0019381-33.2017.4.01.0000, rel. Des. Federal Souza Prudente, julgado em 02/08/2017)

Apelação Cível 0008126-26.2014.4.01.3802/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Uberaba/MG, nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a União Federal, o Estado de Minas Gerais e o Município de Uberaba/MG, em que se busca a concessão de tutela jurisdicional, a fim de que os promovidos sejam compelidos ao fornecimento gratuito do medicamento Sorafenibe 400mg, na quantidade necessária ao tratamento integral, ao Sr. Lauander Sallum Simões, portador de hepatocarcinoma complicado com trombose portomesentérica.

Na sentença recorrida, o juízo monocrático julgou improcedentes os pedidos, sob o fundamento de que a pretensão esbarraria da limitação orçamentária e violaria os princípios da separação dos poderes e da reserva do possível.

Em suas razões recursais, insiste o recorrente na concessão da medida postulada, pugnando pela manutenção da decisão proferida em sede de agravo de instrumento, onde a mesma restou deferida.

Com contrarrazões, subiram os autos a este egrégio Tribunal, opinando a douta Procuradoria Regional da República pelo provimento do apelo.

A tutela pretendida na inicial reveste-se de natureza nitidamente cautelar, como assim previsto nas disposições do art. 294, e respectivo parágrafo único, do novo CPC, a justificar a sua concessão.

Com efeito, a pretendida antecipação da tutela recursal deduzida pelo recorrente merece êxito, tendo em vista que a saúde, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, é direito de todos e 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).

Por outro lado, sobre a matéria, o colendo Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, na dicção de que *"a ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não 'qualquer tratamento', mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento."* (Recurso Ordinário no Mandado de Segurança 17.903/MG, rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 10/08/2004, DJ 20/09/2004, p. 215.)

Em casos que tais, portanto, tenho adotado o entendimento jurisprudencial já firmado por nossos tribunais, no sentido de que, uma vez demonstrada a urgência quanto ao deferimento do pleito, não restando dúvidas quanto a hipossuficiência financeira da parte, que não pode custear o tratamento necessário, bem assim por estar correndo sério risco de vida, o Estado deve custear as despesas decorrentes de tratamento, a todos assegurando o exercício do direito à saúde e à vida, protegido constitucionalmente, conforme consignado na decisão por mim proferida nos autos do AI 0048655-47.2014.4.01.0000 (fls. 105-116), deferindo o pedido de antecipação da tutela recursal ali formulado.

Nessa mesma linha de entendimento, tem se posicionado a jurisprudência deste egrégio Tribunal, conforme se vê, dentre outros, dos seguintes julgados:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRATAMENTO DE SAÚDE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E DIFUSO, CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DESCENTRALIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS.

I - A União Federal e os Estados, solidariamente com o Distrito Federal e os Municípios, estão legitimados para figurarem nas causas em que se objetiva tratamento médico, em razão de comporem o Sistema Único de Saúde - SUS. Precedentes do STJ e do STF.

II - A saúde, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, é direito de todos e dever do Estado, como na hipótese dos autos, em que foi assegurado a paciente em estado grave de saúde o direito à transferência para unidade de tratamento intensivo na rede pública ou particular, às expensas da União, por não haver leitos de UTI vagos na rede filiada ao Sistema Único de Saúde.

III - Apelações e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada.

(Ap 0009943-64.2010.4.01.3803/MG, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, julgado em 18/04/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. MEDIDA LIMINAR SATISFATIVA. MULTA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I. É responsabilidade da União, enquanto ente integrante do Sistema Único de Saúde - SUS, o custeio de tratamento médico e disponibilização de medicamento ao hipossuficiente.

II. Inadmissível condicionar a fruição de direito fundamental e inadiável à discussão acerca da responsabilidade de cada ente da federação em custear o tratamento médico recomendado.

III - Criado o Sistema Único de Saúde, a divisão de atribuições e recursos passou a ser meramente interna, podendo o cidadão exigir de qualquer dos gestores ação ou serviço necessário à promoção, proteção e recuperação da saúde pública... (REsp nº 661.821/RS, Min. Eliana Calmon).

IV - Admite-se, excepcionalmente, o deferimento de liminar satisfativa quando tal providência seja imprescindível para evitar perecimento de direito, o que, na espécie, se justifica para garantir o indispensável tratamento de saúde do paciente. A proibição contida na § 3º do art. 1º da Lei 8.437/92 deve ser analisada à luz da Constituição da República, em observância ao princípio da efetividade da jurisdição e da razoabilidade.

V - É possível a cominação de multa em caso de descumprimento de decisão judicial dada sua natureza coercitiva com o escopo de garantir o adimplemento da obrigação (Precedente Ag. Reg. no RE com agravo 639.337/SP - STF - Relator Ministro Celso de Mello).

VI - Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGA 0069124-56.2010.4.01.0000/DF, Rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1 de 28/02/2012)

Na espécie dos autos, subsistindo os pressupostos legais necessários à manutenção da medida, eis que presente o *periculum in mora*, revelado pela suspensão do fornecimento do medicamento ordenado no *decisum* deste egrégio Tribunal, no bojo do mencionado agravo de instrumento, bem assim a probabilidade do direito postulado, conforme fundamentos acima expostos, impõe-se a concessão de efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto, nos termos do art. 1.012, § 4º, do CPC, de forma a manter a higidez da decisão em referência, até o pronunciamento definitivo da turma julgadora.

Com estas considerações, *defiro* o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial, para manter a eficácia da decisão proferida nos autos do AI 0048655-47.2014.4.01.0000, em que restou assegurado o fornecimento, pelos promovidos, do medicamento descrito nos autos — Sorafenibe 400mg —, nos termos e quantidades prescritos pelo médico do paciente nominado nos autos, até o pronunciamento definitivo da turma julgadora.

Oficie-se, com urgência, via fax, ao senhor secretário de saúde da Secretaria de Ciências, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde e aos senhores secretários de saúde do Estado de Minas Gerais e do Município de Uberaba/MG, para fins de integral cumprimento desta decisão, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de multa

pecuniária, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), por dia de atraso, 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 referido diploma processual civil.

(Apelação Cível 0008126-26.2014.4.01.3802/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, julgado em 02/08/2017).

Agravo de Instrumento 0036211-74.2017.4.01.0000/PA

Relator: Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado)

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juízo da Vara Federal de Tucuruí/PA, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado do Pará em desfavor da União, do Município de Tucuruí/PA, das Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A (Eletronorte), da Azul Linhas Aéreas Brasileiras e da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), em que se busca a concessão de provimento judicial, no sentido de que seja invalidado o Convênio 002/2016, firmado pela União, pelo município e pela Eletronorte em 11/01/2016, por meio do qual foi transferida a delegação da exploração do aeroporto de Tucuruí (SBTU) da Eletronorte para o Município de Tucuruí, fixando como termo final para a transferência da delegação o prazo de 180 dias.

O juízo monocrático deferiu, em parte, a tutela de urgência postulada nos aludidos autos, ordenando a adoção das seguintes medidas:

1. Tornar sem efeito os termos do Convênio nº 002/2016, a contar da sua celebração, até que a Eletronorte, na condição de autoridade delegada, adote as seguintes providências:

a. que realize e execute as obras de infraestrutura apontadas no relatório da ANAC como não conformidades, por meio da licitação e contratação de empresa especializada para fazer tal serviço. A deflagração do respectivo certamente deverá ocorrer até o prazo de 30/07/2017, devendo a Eletronorte, até a mesma data, apresentar a este juízo comprovação de que a licitação já se iniciou e informação sobre qual a previsão de término de conclusão das obras, sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00.

b. obter declaração de nada consta por parte dessa autarquia e a revogação da medida cautelar restritiva imposta sobre o aeroporto, apresentando a este juízo um plano de ação para tanto até o dia 30/07/2017, sob pena de multa diária de R\$10.000,00;

c. restabelecer as exatas condições fáticas e jurídicas necessárias para que a operação da rota com 3 frequências semanais da aeronave AT72, objeto da concessão pública assumida pela empresa Azul, possa novamente ocorrer, apresentando a este juízo um plano de ação para tanto até o dia 30/07/2017, sob pena de multa diária de R\$10.000,00;

2. As providências de que tratam o item 1 consistem em condições implícitas para que os termos do Convênio nº 002/2016 passem a produzir regular efeito;

3. À União que, até o dia 30/07/2017, diante do seu poder de autoridade delegante, restabeleça novo prazo de transição para que o ente municipal assumida da Eletronorte a função de autoridade delegada, devendo ser de, no mínimo, 1 ano, prorrogável a depender do interesse público, o que somente passará a correr após o cumprimento do item 1. O descumprimento da ordem implicará multa diária de R\$20.000,00 contra a União ou contra quem der causa ao descumprimento;

4. À Eletronorte para que realize a regular licitação e contratação de empresa especializada em administração aeroportuária, com o objetivo de realizar a exploração do aeroporto de Tucuruí, sendo que a vigência da contratação deverá ser de no mínimo 1 ano ou conforme o período de transição de que trata o item 3. A deflagração do respectivo certamente deverá ocorrer até o prazo de 25/08/2017, devendo a Eletronorte, até a mesma data, apresentar a este juízo comprovação de que a licitação já se iniciou e informação sobre qual a previsão de contratação da empresa, sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00;

a. Faculta-se à Eletronorte que realize, também até o dia 25/08/2017, o processo licitatório e a contratação em conjunto com o Município, com cláusula expressa que autorize que a Eletronorte se retire do contrato após a o período de transição e permaneça o Município como único sujeito contratante, evitando-se solução de continuidade. O descumprimento dessa opção causará aplicação da mesma multa prevista no caput.

b. Independentemente de a Eletronorte optar pela hipótese do caput ou da alínea "a" do item 4, a licitação e a contratação devem obedecer ao regime de contratação do Poder Público federal.

5. Imposição ao Município de Tucuruí-PA para que devolva o aeroporto à Eletronorte até o dia 12/07/2017, sob pena de multa diária de R\$30.000,00;

[...]

6. Quanto à demandada ANAC, concedo liminar para que assumida dever de colaboração com este juízo para a eliminação do problema posto, fornecendo todos os esclarecimentos e detalhes para que a autoridade delegada Eletronorte, eficazmente,

adote as medidas necessárias à revogação da medida cautelar restritiva e para que o aeroporto volte ao seu funcionamento pleno no menor tempo possível.

a. Essa liminar impõe mero dever de colaboração, que dependerá de provocação da própria Eletronorte, a depender das dúvidas que tiver para que as suas obrigações sejam cumpridas. A informação sobre o descumprimento de tal dever de colaboração dependerá de manifestação da Eletronorte e poderá resultar na aplicação de multa diária de R\$ 2.000,00 contra a ANAC

b. Essa ordem liminar não compromete, limita ou condiciona a fluência dos prazos das liminares impostas contra a Eletronorte, que correrão nos termos da presente decisão.

Em suas razões recursais, sustenta a recorrente, em resumo, que, além da flagrante violação ao princípio da congruência e às disposições legais de regência, porquanto a exploração ou administração aeroportuária não se inclui dentre as suas finalidades institucionais, a decisão agravada afigurar-se-ia materialmente impossível de ser cumprida, diante da elevada complexidade das medidas ordenadas, cuja execução reclama prévia dotação orçamentária para fins de instauração de procedimentos licitatórios e contratação de empresa especializada.

2. Prospera a pretensão recursal liminarmente deduzida pela recorrente.

Segundo consta da petição inicial que instrui o feito de origem, o objetivo da ação civil pública em referência é adequar o aeroporto de Tucuruí às normas que regem a infraestrutura aeroportuária, em especial as relativas à segurança.

A Eletronorte, que construiu e manteve o aeroporto de Tucuruí por muitos anos, cedeu à União o direito real de uso do imóvel em que está ele localizado, em 11 de janeiro de 2016. No mesmo dia, por intermédio do Convênio 002/2016, a União delegou ao Município de Tucuruí a exploração do aeroporto. A decisão agravada tomou por premissa o fato de que essa transferência de delegação estaria condicionada à prévia implementação de medidas reparadoras da respectiva área aeroportuária, por parte da Eletronorte.

Com a devida vênia desse entendimento, irregularidades eventualmente praticadas pela anterior delegatária da exploração em referência não podem servir de óbice à transferência de delegação, sem prejuízo da apuração de eventual responsabilidade dali decorrente. Se a União aceitou receber a área do aeroporto e cedê-la ao município, não é possível interferir jurisdicionalmente nesse negócio jurídico, sob a alegação de que o retorno da delegação de exploração do aeródromo tem que se dar em perfeitas condições. Recebida a delegação de volta, recebida está.

À luz da legislação de regência (art. 36 do Código Brasileiro de Aeronáutica), a Eletronorte sequer dispõe de competência para construir, manter e explorar aeroportos, tanto é que, ao regularizar a situação do aeroporto de Tucuruí, transferiu o direito de uso do imóvel à União, que o cedeu ao município para explorá-lo como tal.

Não cabe ao Judiciário também definir o limite do interesse público no caso. A União aceitou a cessão do imóvel em que está localizado o aeródromo da antiga delegatária e, não sendo conveniente a exploração direta, cedeu-o ao município. Eventual abalo ou ruptura da estrutura da barragem de Tucuruí, os quais não se cogitam no momento, não justificam o cancelamento do convênio. Se isso ocorrer, equipes especializadas em grandes evacuações — afirmação constante da decisão — pousam em qualquer lugar, sobretudo porque se deslocam de helicóptero. E ainda que usem aviões, na emergência, basta uma pista de pouso asfaltada, o que existe em Tucuruí.

Embora se possa cogitar que o serviço de transporte aéreo seja essencial, de modo que deve ser prestado de forma contínua, jamais se pode obrigar a empresa aérea que atue em determinada rota. Isso não foi feito, mas a consideração na decisão de que se trata de serviço essencial faz com que se impeça a tentativa de se intervir na atividade econômica, sobretudo na gestão interna da empresa, sob pena de infringência à garantia constitucional da livre iniciativa, prevista no art. 170, *caput*, da Constituição. Ainda que seja titular de concessão para exploração de rota aérea, é perfeitamente possível à empresa deixar de fornecê-la, por seu alvedrio.

Está presente, assim, a probabilidade de provimento do recurso em tela, que se encontra aliada à necessidade de pronta decisão, haja vista o alto custo das implementações e o exíguo prazo para cumprimento das medidas, o qual, aliás, vence no próximo dia 30 de julho.

3. Assim, *defiro* o pedido de efeito suspensivo para impedir a eficácia da decisão proferida. Comunique-se ao juízo.

(Agravo de Instrumento 0036211-74.2017.4.01.0000/PA, rel. Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (convocado), e-DJF1 de 03/08/2017, p. 462)



Jurisprudência Especializada — Julgados em Defesa da Vida das Presentes e Futuras Gerações





Venerado Irmão

DOM WILMAR SANTIN, *O. C.A.R.M.*

Bispo Prelado de Itaituba

Querido Irmão,

Recebi a sua carta do passado dia 29 de junho. Primeiramente quero lhe agradecer pelas palavras afetuosas e pelas orações, as quais tanto necessito. Muito obrigado!

Li com muita atenção tudo o que escreveu na sua carta. Trata-se de uma realidade à qual acompanho de perto. Sei bem de todos os desafios que vocês, Bispos da Amazônia, devem enfrentar. Para além da missão de proclamar o Evangelho, muitas vezes devem ser uma voz profética diante de tantas injustiças contra os mais indefesos, e também lutar pela preservação da floresta que sistematicamente é vilipendiada pela ganância dos homens. De modo especial, trago no meu coração a situação dos povos indígenas brasileiros; estou consciente dos seus sofrimentos e da sua marginalização. Por outro lado, concordo que seja preciso reavivar no coração dos missionários o desejo de levar o Evangelho a estes povos, dando continuidade à ação daqueles religiosos generosos que há 400 anos começaram a proclamar o nome de Cristo nessas terras. A Amazônia é realmente uma fronteira entre as periferias existenciais espalhadas pelo mundo. Por todos estes motivos, gostaria poder realizar uma visita ao coração da Amazônia. Queria poder estar junto com estes homens e mulheres que tantas vezes são ignorados pelos próprios brasileiros. Peço que reze por esta intenção. Peça a Nossa Senhora que me ajude a realizar este meu desejo.

Aproveito também para lhe pedir que assegure ao povo de Itaituba e, através dele, a todos os povos da Amazônia, que esta terra tem um lugar especial no coração do Papa: rezo por cada um, cada índio, cada ribeirinho e cada habitante dos centros urbanos.

O Beato Paulo VI teria dito que “Cristo aponta para a Amazônia!” Eu acrescentaria: “e o mundo precisa olhar para a Amazônia!” Nesse sentido, penso que vocês têm uma missão especial: dar ao mundo de hoje uma lição de como os seres humanos devem viver a sua relação com a nossa Casa Comum, a criação que Deus nos confiou, lembrando que «não somos Deus. A terra existe antes de nós e foi-nos dada (...). Isto implica uma relação de reciprocidade responsável entre o ser humano e a natureza. Cada comunidade pode tomar da bondade da terra aquilo de que necessita para a sua sobrevivência, mas tem também o dever de a proteger e garantir a continuidade da sua fertilidade para as gerações futuras» (*Laudato si'*, 67).

Por fim, aproximando-se as celebrações da festa da Padroeira de Itaituba, Sant'Ana, confio à mãe de Nossa Senhora as vidas, desafios e esperanças de cada um e envio, numa união com amizade e confiança, uma propiciadora Bênção Apostólica, pedindo que continuem a rezar por mim.

Vaticano, 16 de julho de 2016

Francisco

Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico www.trf1.jus.br, *link* jurisprudência/inteiro teor.

Segundo AgReg na Suspensão de Liminar 933/PA

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

Relator do acórdão: Ministro Marco Aurélio

Agravante: Associação Indígena Bayprã de Defesa do Povo Xikrin do Ô-Odjã e outros

Agravante: Ministério Público Federal

Agravado: Estado do Pará

Intimada: Fundação Nacional do Índio – Funai

Intimada: Vale S/A

Ementa

Suspensão de liminar. Excepcionalidade.

A suspensão de liminar, de tutela antecipada, surge no campo da excepcionalidade maior, pressupondo relevância e risco ímpares.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em prover os agravos regimentais na suspensão de liminar, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio e por maioria, em sessão presidida pela Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Extrato de Ata

Decisão: O Tribunal, por maioria, deu provimento aos agravos regimentais, para indeferir o pedido de suspensão de liminar e restabelecer a antecipação de tutela recursal deferida pelo Desembargador do Tribunal Regional Federal da 1ª Região nos autos do Agravo de Instrumento 0042106-84.2015.4.01.0000, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (relator) e Gilmar Mendes, que aos agravos regimentais negavam provimento. Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia.

(SL 933 AgR-segundo, rel. Min. Ricardo Lewandowski, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, maioria, julgado em 31/05/2017, public. 17/08/2017)

Relatório

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Trata-se de agravos regimentais interpostos; o primeiro, pela Associação Indígena Bayprã de Defesa do Povo Xikrin do Ô-Odjã e outros; e o segundo, pela Procuradoria-Geral da República, ambos contra a seguinte decisão:

Decido.

Com efeito, o deferimento do pedido de suspensão de liminar exige a presença de dois requisitos: (i) o fundamento de índole constitucional e (ii) a ocorrência de lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

Muito bem. Examinados os autos, verifico, preliminarmente, que se encontra bem demonstrada a natureza constitucional da controvérsia (Rcl 475/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti; Rcl 2.252-AgR/PR, Rel. Min. Marco Aurélio; e SS 2.504-AgR/DF, Rel. Min. Ellen Gracie), uma vez que se discute na origem a proteção ao meio ambiente combinado ao desenvolvimento econômico, ambos previstos na Constituição Federal.

Registre-se, também, que, embora a contracautela revistase de caráter excepcional, tenho que o caso dos autos permite o seu deferimento, tendo-se em perspectiva a jurisprudência firmada por esta Suprema Corte no sentido de que '[...] na análise do pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de deliberação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS 846-AgR/DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.96; SS 1.272-AgR/RJ, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 18.5.2001' (STA 322/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Nesse sentido, a proteção ao meio ambiente está intrinsecamente associada ao desenvolvimento econômico e social, e este é um dos maiores desafios de nossa atual sociedade: manter o equilíbrio de seus ecossistemas para a gestão racional dos recursos naturais de que dispomos. A exploração de recursos naturais, portanto, deve se dar de maneira sustentável, de modo a preservar o ecossistema e sua biodiversidade para as presentes e futuras gerações.

Entretanto, na espécie, a paralisação das atividades do Empreendimento Mineração Onça Puma, como fartamente documentado nos autos e tal como ocorreu, poderá causar prejuízos econômicos vultosos imediatos e de difícil reparação ao Estado do Pará e também ao Município de Ourilândia do Norte/PA, inclusive com a possível e indesejável demissão de um grande número de trabalhadores que nela são empregados, direta ou indiretamente.

O retorno de suas atividades, contudo, não significa desobrigar a empresa exploradora de realizar o Plano de Gestão Econômica, tampouco exime o Estado requerente da atuação rigorosa na preservação do meio ambiente e do cuidado com as populações estabelecidas na região.

'In casu', analisadas as alegações expostas na inicial e considerando que, nestes autos, não se cogita de dano imediato ao meio ambiente, entendo estar configurada a grave ofensa à ordem econômica, alegada pelo requerente, a justificar a concessão de medida extrema.

Isso posto, defiro parcialmente o pedido para permitir a continuidade das atividades de mineração do Empreendimento Mineração Onça Puma, sem prejuízo de implementação do Plano de Gestão Econômica e das demais medidas compensatórias para as aludidas comunidades indígenas, que deverão ser finalizadas em até 120 (cento e vinte) dias, sob pena de que, a partir desse prazo, a Companhia Vale do Rio Doce S/A proceda ao depósito mensal de quantia pecuniária, a título de compensação pela ausência da adoção dessas medidas, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por aldeia, a ser revertido às aludidas comunidades" (pág. 7-9 do documento eletrônico 91).

Os primeiros agravantes argumentam, resumidamente, que

há de se ter extremamente cuidado e respeito com o caso em questão, pois, em verdade, como os mais relevantes conflitos de natureza ambiental são definidos no âmbito de ações civis públicas – mais comumente por decisões deferitórias ou denegatórias, de pedidos de antecipação da tutela, dadas as características do bem jurídico ambiental, isto porque: constata-se claramente que a resolução do incidente da suspensão no presente caso, definirá o destino da lide.

Ademais, no presente caso, não se está diante tão somente de questão constitucional atinente à proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF/88), mas há significativa necessidade de observar os direitos reconhecidos constitucionalmente à proteção dos povos originários (art. 231 e 232 da CF/88), sem mencionar ainda os direitos e garantias fundamentais ligadas a sobrevivência e a vida dos povos indígenas, previstos no art. 5º da CF/88 e, por fim, os direitos sociais relativos à saúde e alimentação das comunidades indígenas (art. 6º da CF/88) que está totalmente prejudicado em relação aos nefastos e deletérios efeitos decorrentes da atividade econômica do empreendimento Onça Puma.

Tais questões, fatalmente convencerá Vossa Excelência que a Ordem Econômica não é tão relevante quando transgredido: a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; os direitos dos povos indígenas; o direito à vida, a saúde e a alimentação dessas comunidades indígenas. É, portanto, instrumento processual mais relevante de todo arcabouço legislativo aplicável ao direito processual coletivo, notadamente às ações coletivas que visam à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e da coletividade, razão que justifica o aprofundamento dos debates. Desta feita, importante aduzir que no presente caso, há necessidade, pois, de respostas céleres e efetivas, que salvegarde o direito fundamental da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e das comunidades indígenas em questão, por parte do Judiciário.

E nesse sentido, o caminhar da jurisprudência é extremamente importante, isto porque a tutela desse direito fundamental passa, necessariamente, pelo conjunto de decisões. De boas decisões. De um decidir contínuo, comprometido, globalizante, fundante no sentido de proteção efetiva desse bem fundamental, que, no caso é o meio ambiente ecologicamente equilibrado, eis que sem ele não haverá futuro.

Isto posto, requer que sejam ao menos analisados com cautela os argumentos aqui trazidos, para evitar consequências nefastas em face das comunidades indígenas atingidas pelos efeitos deletérios do empreendimento Onça Puma e também para salvaguardar o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Afinal, o que se questiona: o poderio econômico e a ganância da empresa Vale S/A vai destruir a identidade cultural das comunidades indígenas Xikrins e Kayapós, extinguindo-as?

Vai ‘assassinar’ o rio Cateté ou os recursos hídricos daquela região? A Fauna? A Flora? Ou, o Poder Judiciário irá intervir na questão para tornar as medidas judiciais efetivas e realmente paralisar as atividades do empreendimento Onça Puma?

Lembre-se: o que se deseja é que essa história dos XIKRINS e KAYAPÓS não tenham fim. Que as crianças XIKRINS e KAYAPÓS possam ter a floresta onde vivem e rios onde banham preservados e, também, possam continuar a viver dentro de suas tradições e costumes, e ao mesmo tempo que nossas crianças estejam aprendendo com suas mães e pais a conhecer, respeitar e valorizar essa outra cultura, esse outro mundo da cultura indígena tanto dos XIKRINS, quanto dos KAYAPÓS” (pág. 13-14 do documento eletrônico 99).

Requerem, ao final, o provimento dos agravos regimentais.

A Procuradoria-Geral da República, em seu recurso, sustenta, em síntese, que:

Primeiramente, não há como deixar de apontar que a decisão agravada extrapolou os contornos do pedido feito pelo Estado do Pará, que, como visto, restringia-se à suspensão da ordem de paralisação das atividades do empreendimento Onça Puma, sem abranger o outro comando constante da decisão proferida no agravo de instrumento de origem, o qual impôs à Vale S/A o depósito mensal de quantia pecuniária a ser revertida em favor das comunidades indígenas, até a efetiva implementação das medidas previstas no licenciamento ambiental do empreendimento Onça Puma.

Ao acolher o pleito suspensivo, autorizando a continuidade da atividade de mineração, e, além disto, estabelecendo prazo de 120 (cento e vinte) dias para que, se não cumpridas as obrigações a cargo da empreendedora, somente então se torne exigível o depósito mensal da compensação financeira deferida em favor das comunidades indígenas, a decisão ora agravada desbordou dos limites do pedidoformulado pelo Estado do Pará, sustando a eficácia – ainda que por prazo determinado – de parcela da decisão originária não incluída no requerimento de contracautela.

[...]

De todo modo, ainda que superada essa questão, a decisão ora agravada merece ser revista em sua integralidade, pois, além de não haver enfrentado as peculiaridades da demanda de origem, suas premissas não se sustentam.

[...]

A decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 0042106- 84.2015.4.01.0000/PA – objeto desta contracautela – referendou tais conclusões, e destacou a imperiosa necessidade de adoção de medidas tendentes a atenuar, ainda que provisoriamente, os danos resultantes dos reflexos do empreendimento de mineração sobre as comunidades indígenas: [...].

Esses aspectos foram desconsiderados pela decisão ora agravada, que, contrariamente aos elementos constantes dos autos, e às conclusões firmadas pelas instâncias originariamente competentes para o exame da causa, entendeu que, no caso dos autos, ‘não se cogita de dano imediato ao meio ambiente’.

[...]

Outro ponto que merece destaque, já apontado em manifestação anterior da PGR nestes autos, e que não foi objeto de consideração pela decisão ora agravada, diz respeito à notória relação de animosidade entre a empresa Vale S/A e as comunidades indígenas afetadas pelo empreendimento Onça Puma, que vem se agravando com o decurso do tempo, seguindo-se uma viciosa e perigosa espiral de conflitos.

[...]

A decisão ora agravada, no que autoriza a retomada das atividades de mineração, sem determinar que sejam efetivadas as devidas medidas preventivas, mitigadoras e compensatórias em benefício dos Xikrin e dos Kayapó, e, ainda, posterga em mais 120 (cento e vinte) dias a incidência da compensação financeira mensal estabelecida em favor daquelas comunidades, certamente traz um elemento de acirramento dos ânimos.

[...]

Parece indubitável, diante disso, a presença do chamado perigo de dano inverso no presente pleito suspensivo, a demonstrar, a um só tempo, a elevada plausibilidade da pretensão veiculada na ação civil pública de origem e a falta de razoabilidade da contracautela requerida pelo Estado do Pará” (documento eletrônico 132).

Pedem, por fim, a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do recurso.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Anoto, inicialmente, que, por haver identidade de pedidos nestes agravos regimentais, julgo-os conjuntamente.

Muito bem. Reexaminados os autos, tenho que a decisão ora agravada não merece reforma ou qualquer correção, visto que ambos os agravantes, ao reiterarem o que já afirmaram anteriormente, não aduziram argumentos capazes de afastar as razões nela expendidas.

Como afirmei no *decisum* combatido, a proteção ao meio ambiente está intrinsecamente associada ao desenvolvimento econômico e social, e este é um dos maiores desafios de nossa atual sociedade: manter o equilíbrio de seus ecossistemas para a gestão racional dos recursos naturais de que dispomos. A exploração de recursos naturais, portanto, deve se dar de maneira sustentável, de modo a preservar o ecossistema e sua biodiversidade para as presentes e futuras gerações.

Entretanto, a paralisação das atividades do Empreendimento Mineração Onça Puma, como fartamente documentado nos autos e tal como ocorreu, poderia ocasionar prejuízos econômicos vultosos imediatos e de difícil reparação ao Estado do Pará e também ao Município de Ourilândia do Norte/PA, inclusive com a possibilidade da indesejável demissão de um grande número de trabalhadores que nela são empregados, direta ou indiretamente.

O retorno de suas atividades, contudo, não desobrigou a empresa exploradora de realizar o plano de gestão econômica, como reiterei em decisão proferida nos embargos declaratórios opostos pela Vale S/A, tampouco eximiu o Estado requerente da atuação rigorosa na preservação do meio ambiente e do cuidado com as populações estabelecidas na região.

In casu, analisadas as alegações expostas na inicial e considerando que, nestes autos, não se cogita de dano imediato ao meio ambiente, entendi estar configurada a grave ofensa à ordem econômica, alegada pelo requerente, que justificou a concessão de medida extrema.

Ademais, o prazo de 120 (cento e vinte) dias concedido à proprietária do Empreendimento Mineração Onça Puma fez-se necessário para o restabelecimento de suas atividades e para a implementação do plano de gestão econômica e das demais medidas compensatórias para as aludidas comunidades indígenas, sem, contudo, desobrigá-la a efetuar depósito mensal de quantia pecuniária, a título de compensação pela ausência da adoção dessas medidas, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por aldeia, a ser revertido às aludidas comunidades.

Isso posto, rejeito ambos os agravos regimentais.

É como voto.

Voto Vencedor

O Exmo. Sr. Min. Marco Aurélio: — Presidente, tem-se conflito, considerados valores. De um lado, o meio ambiente, presente comunidade que mereceu proteção, tendo em conta a Carta de 1988, a indígena. De outro, um aspecto patrimonial, que diz respeito não só à prestação de serviço, como também à arrecadação do Estado e do próprio município.

Sempre encarei o pedido de suspensão de liminar como algo excepcional, a pressupor dano inafastável. E não é de hoje que se busca o desenvolvimento sustentável, preservando-se certos valores consagrados pela Constituição de 1988.

Ante esse contexto e porque a matéria foi apreciada, creio, pelo juízo ou pelo Tribunal de Justiça...

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Sim, foi. Na instância, não tenho aqui exatamente o dado, na instância originária.

O Exmo. Sr. Min. Marco Aurélio: — Na instância originária. Não se observa, quanto ao pedido de suspensão, o que é mola fundamental do devido processo legal, ou seja, o contraditório. Peço vênha a vossa excelência para prover os agravos.

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Queria observar, inclusive, que eu determinei à Companhia Vale do Rio Doce que proceda ao depósito mensal. Eles estão depositando em juízo e se houver, nestes 120 dias, uma falha por parte desta empresa, evidentemente, esse dinheiro reverterá para as aldeias indígenas.

Voto

O Exmo. Sr. Min. Dias Toffoli: — Senhor presidente, eu vou pedir vênia a vossa excelência e acompanhar a divergência do Ministro Marco Aurélio, pelos fundamentos trazidos por sua excelência.

O Exmo. Sr. Min. Dias Toffoli: — Senhor presidente, esse caso que acabou de ser proclamado é sobre exploração mineral em terra indígena? Porque isso precisaria de lei, pela Constituição.

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Não sei bem se é numa terra indígena, mas, na verdade, pode ter repercussão. Muitas vezes, nas explorações de usinas hidroelétricas ou de minas, aldeamentos indígenas, que estão a quilômetros de distância, sofrem algum tipo de impacto. E agora não posso dizer a vossa excelência, exatamente, porque não tenho os autos em mãos.

O Ilmo. Sr. Advogado: — Sim. Senhor presidente, digníssima Corte, os embargos de declaração, eles versam... Na verdade, não existe um plano de gestão econômica, existe um plano básico ambiental. Então, com toda vênia, a respeitável decisão, ela trata desse plano de gestão econômica que foi substituído, inclusive, com a participação da Funai. Existe um documento nos autos que é expresso nesse sentido. Então, os embargos de declaração versam sobre essa questão, de se tratar de um plano básico ambiental e não um plano de gestão econômica.

A segunda questão, que é de fato, é a seguinte: o cumprimento da obrigação no prazo de cento e vinte dias, ou seja, a suspensão depende de ingresso da Companhia Vale nas terras indígenas. E a Vale não teve, até hoje, autorização para ingresso nas terras indígenas, em razão do que, nos embargos de declaração, também consta esta questão. Isso está devidamente documentado também nos autos, inclusive com diversas tentativas de reuniões, que houve, não só com as associações, mas também com a própria Funai, com o próprio Ministério Público Federal aqui presente.

Nós, assim, tentamos de todas as formas implementar o plano básico ambiental, que é a obrigação da Vale, ou seja, a suspensão que consta da decisão com relação ao não pagamento das *astreintes*, porque a ação, ela se reverteu, ela perdeu absolutamente a essência dela, que é a questão ambiental, para quê? Para que se houvesse... Hoje, existe uma disputa desenfreada para um valor de *astreintes*, que não existe uma contrapartida, não existe um contraponto.

Debate

O Ilmo. Sr. Advogado: — Excelência, é uma questão de fato. A principal questão de fato é que nós estamos diante de uma grave lesão à saúde pública. As crianças, os filhos desses índios, que estão aqui presentes, estão nascendo com mal de formação de feto, estão sofrendo graves consequências em razão da contaminação por metal pesado no rio Cateté, na fauna e na flora.

E a questão dos cento e vinte dias, a Vale sempre tenta atribuir a celeuma da demora da implantação às comunidades indígenas. Eles sempre estiveram abertos a receber a Vale, só que ela não fez em dez anos, não faria em cento e vinte dias. Eles sempre estiveram à disposição para poder implementar o plano de gestão econômica e as demais medidas mitigatórias e compensatórias.

A outra questão é que o pedido, desde os autos de origem da ação civil pública, é pela implementação dos planos de gestão econômica e demais medidas mitigatórias e compensatórias. Ocorre que a Vale e a Funai tentam atribuir, ao caso, o plano básico ambiental, que não tem nada a ver com o pedido na ação civil pública do Ministério Público. O que foi deferido pelo Des. Souza Prudente, na esfera do TRF na 1ª Região, e o que foi suspenso, aqui, só a questão do funcionamento para voltar a funcionar o empreendimento.

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Que já estava funcionando, não é? Que já estava em atividade?

O Ilmo. Sr. Advogado: — É. Ocorre que o prazo dos cento e vinte dias findou no dia 13 de abril e, até hoje, essas comunidades não viram nada.

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Vejam, vossas excelências, que realmente se trata de um plano de gestão econômica e medidas correlatas para, enfim, proteção do meio ambiente. Há esse fato inafastável, que foi trazido pela requerente, pelo estado que pretendeu a suspensão da liminar, que havia um empreendimento em

funcionamento, e que a paralisação abrupta acarretaria graves danos, do ponto de vista econômico, não só do ponto de vista arrecadatório, mas, também, com a demissão de inúmeras pessoas que trabalham, direta e indiretamente, neste empreendimento, inclusive na cidade. O que fiquei sabendo, enfim, pelo contato com as partes, é que a cidade ficaria paralisada, inclusive as atividades de serviços, caso houvesse uma suspensão das atividades.

Agora, de qualquer maneira, na medida em que esse prazo se esgotou... volta imediatamente a vigorar a liminar do Tribunal Regional Federal. E, inclusive, existe a possibilidade de levantamento das *astreintes* depositadas.

O Ilmo. Sr. Advogado: — Existem diversas petições nos autos desta suspensão de liminar informando o final do prazo, assim como existe uma reclamação constitucional tramitando, nesta Corte, tratando do descumprimento do juízo.

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Vossa excelência tem que comunicar é ao juízo *a quo* e não ao Tribunal. Tudo bem, comunica. Mas a minha atividade jurisdicional já se encerrou, certo? O senhor deve comunicar, então, ao Tribunal *a quo* para que possa, então, paralisar, com uma ordem para que a liminar vigore novamente, que foi suspensa por minha decisão. Portanto, eu até entendo que a nossa discussão aqui está prejudicada, porque volta a vigorar evidentemente a liminar atacada originalmente.

O Exmo. Sr. Min. Luiz Fux: — Agora, esse prazo, o prazo da liminar coincide com o mesmo período de tempo que vossa excelência concedeu na suspensão? Porque vossa excelência suspendeu uma liminar...

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Não, a liminar era de paralisação total das atividades e o pagamento de uma *astreinte* em benefício dos aldeamentos indígenas, no caso do descumprimento das medidas.

O Exmo. Sr. Min. Luiz Fux: — E quem é que conferiu os cento e vinte dias?

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Justamente, eu dei o prazo de cento e vinte dias para que esse plano de gestão econômica e outras medidas protetivas do meio ambiente pudessem se efetivar. Agora, claro que o que houve foi uma paralisação das atividades.

O Exmo. Sr. Min. Luiz Fux: — A decisão de vossa excelência produziu efeitos?

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Deve ter produzido efeitos.

O Exmo. Sr. Min. Marco Aurélio: — Anteriormente, já tinha sido assinado um prazo, não é?

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Sim.

O Exmo. Sr. Min. Marco Aurélio: — Para a efetividade desse plano econômico.

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Sim.

O Exmo. Sr. Min. Marco Aurélio: — E esse prazo se exauriu sem as providências?

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Isso eu não posso dizer a vossa excelência.

O Ilmo. Sr. Advogado: — De fato, de fato. A Vale realizou toda a obrigação que estava ao seu alcance. Ela está diante de uma condição potestativa pura, porque nas mãos daquele que vai receber o valor da *astreinte*, está exatamente nas mãos dele a condição para eu cumprir a obrigação. A Vale não tem como adentrar a terra indígena para concluir tudo o que ela tem que fazer.

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Sim, mas, nesse prazo de cento e vinte dias, ela não adentrou?

O Ilmo. Sr. Advogado: — Ela não pôde entrar, excelência!

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Por que não pôde entrar?

O Ilmo. Sr. Advogado: — Por impedimento dos próprios indígenas, com todo o respeito.

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Mas vossa excelência tinha uma ordem do Supremo Tribunal Federal, do presidente.

O Ilmo. Sr. Advogado: — Nós comunicamos. Foi comunicado, assim, por diversas vezes, foram realizadas reuniões com o Ministério Público e com a Funai. E não é permitido o ingresso. Ou seja, a ação, ela se inverteu. Hoje o interesse maior nela é o dinheiro. E isso sem contrapartida. A questão é grave. A questão é potestativa, está nas mãos daquele que vai receber o motivo do descumprimento da obrigação. A Vale não pode se sujeitar, a Vale tem que ter as condições para cumprir a medida, isso não constou da decisão, *data venia*. Por isso que foram opostos embargos.

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Pois não. Doutor, eu acabei de ler, como vossas excelências certamente ouviram que o prazo de cento e vinte dias, por mim fixado, foi exatamente para possibilitar que a Vale desse seguimento às medidas. Porque, na medida em que as obras fossem paralisadas e ela fosse afastada do local, ela não teria condições de retomar essas medidas exigidas judicialmente. Mas, já está esclarecido, o eminente Ministro Barroso vai pedir vista e, certamente, nos trará uma solução. Mas, de qualquer maneira, eu penso que a questão ficou até superada, porque o prazo se esgotou e a liminar originalmente deferida na instância *a quo* está revigorada.

O Exmo. Sr. Min. Marco Aurélio: — O próprio prazo fixado por vossa excelência já se esgotou?

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Sim, foi dito agora da Tribuna.

O Ilmo. Sr. Advogado: — O prazo, *data maxima venia*, ele tem que ter uma condição para começar a fluir. Porque o que está ao alcance da Vale ela fez. Eu não posso ingressar na terra sem a permissão.

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Está bem. Eu peço que vossas excelências, então, enderecem esses reclamos a este presidente e ao eminente Ministro Luís Roberto Barroso, que certamente trará uma solução razoável para a questão.

Voto-Vista

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. PRETENSÃO EXCLUSIVA DE RETOMADA DO FUNCIONAMENTO DE EMPREENDIMENTO MINERÁRIO. ACOLHIMENTO CAUTELAR MONOCRÁTICO EXTRA PETITA. SUSPENSÃO DA ATIVIDADE MINERÁRIA.

1. A suspensão de liminar foi proposta pelo Estado do Pará com o propósito exclusivo de garantir o funcionamento do empreendimento minerário, sem questionar a indenização estabelecida às aldeias indígenas. Dessa forma, deve-se acolher os recursos de agravo do MPF e das associações indígenas, no ponto em que requer a adequação da decisão monocrática aos limites do pedido, de modo a considerar extra petita o pronunciamento da presidência quanto à determinação de suspensão do pagamento de indenização fixada nas instâncias ordinárias.

2. A existência de indícios de descumprimento de medidas preventivas, mitigadoras e compensatórias previstas em licença ambiental e as evidências de que o empreendimento minerário tem causado graves danos às comunidades indígenas permitem, com fundamento no princípio da precaução, a suspensão das atividades minerárias pelas instâncias ordinárias, cabendo aos interessados demonstrar, no juízo próprio, o atendimento das exigências ambientais e a ausência de danos para as comunidades indígenas.

3. Provimento dos agravos regimentais, de modo a indeferir o pedido de suspensão de liminar, ficando prejudicados os embargos de declaração.

O Exmo. Sr. Min. Roberto Barroso: — 1. Trata-se da continuação do julgamento de três recursos interpostos contra decisão do então Presidente deste Tribunal, Min. Ricardo Lewandowski, em sede de suspensão de liminar ajuizada pelo Estado do Pará. Em suma, a decisão recorrida determinou a retomada das atividades de mineração do empreendimento Onça Puma e a suspensão do pagamento de indenização determinada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região às comunidades indígenas afetadas. Os recursos ora analisados são os seguintes: (i) agravo regimental interposto pelas associações de indígenas habilitadas nos autos, (ii) agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal (MPF), e (iii) embargos de declaração opostos pela Vale S/A.

2. Após o voto do Min. Presidente, Ricardo Lewandowski, que negava provimento aos três recursos, os Min. Marco Aurélio e Dias Toffoli anteciparam voto nos dois primeiros agravos, votando pelo seu provimento. De acordo com a ata de julgamento, não chegaram a votar nos embargos de declaração opostos pela Vale. Em seguida, pedi vista dos autos.

3. Antes de relatar propriamente cada uma das pretensões recursais, faço um breve resumo do caso de origem e dos demais incidentes processuais, a fim de que se possa ter uma visão global da controvérsia.

4. A Mineração Onça Puma Ltda. (MOP), subsidiária da Vale S/A, obteve, em agosto de 2004, do Estado do Pará, licença prévia para exploração de níquel nas Serras do Onça e do Puma, em área próxima a terras indígenas, localizadas na sub-bacia do rio Cateté e do igarapé Carapanã. A licença obrigava a MOP a apresentar planos e programas preventivos, mitigadores e compensatórios para as comunidades indígenas afetadas. Nos primeiros

esboços apresentados, a MOP comprometeu-se, entre outros, a desenvolver atividades para acesso à energia, de desenvolvimento de esporte e educação, de recuperação de matas ciliares e de controle de emissão de resíduos.

5. Em abril de 2005, foi emitida a licença de instalação do empreendimento e, finalmente, em agosto de 2008, a licença de operação das atividades de lavra, renovada em abril de 2010, quando foi emitida, ainda, a licença de operação da atividade de beneficiamento de minério.

6. Em 02/05/2011, todavia, o Ministério Público Federal ajuizou a Ação Civil Pública 0002383-85.2012.4.01.3905, em face da Vale S/A, do Estado do Pará e da Funai, alegando, basicamente, que o empreendimento de mineração Onça Puma (MOP) — de responsabilidade da ré — estaria em operação sem que tivessem sido atendidas todas condicionantes previstas em seu processo de licenciamento ambiental. O MPF requereu, então, o deferimento de cautelar para suspender as atividades do empreendimento até que fossem implementadas pela Vale as medidas mitigadoras e compensatórias previstas no processo de licenciamento. Além disso, o MPF postulou o depósito mensal de R\$ 1.000.000,00, a ser revertido em favor das comunidades indígenas, até a efetiva implementação das medidas compensatórias.

7. O juízo de primeiro grau concedeu a liminar parcialmente, obrigando a MOP a efetuar o depósito requerido pelo MPF, mas em quantia bastante inferior e para apenas três aldeias: (i) R\$ 244.648,00 para a aldeia Cateté, (ii) R\$ 147.168,40 para a aldeia Djudjekô, e (iii) R\$ 25.431,10 para a aldeia Ô-Odjã. Omitiu-se acerca das demais comunidades indígenas. Entre os fundamentos empregados pelo magistrado para fundamentar a sua decisão, destacam-se estudos anexados aos autos que indicariam a concentração de metais no rio Cateté acima do limite estabelecido para o local, bem como o aumento anormal de casos de malformação de recém-nascidos do povo Xikrin.

8. As associações indígenas habilitadas nos autos e o Ministério Público Federal agravaram da decisão, por considerarem imperiosa a suspensão das atividades do empreendimento Onça Puma, bem como por entenderem insuficiente a quantia estipulada pelo juízo de primeiro grau, para compensação cautelar da população atingida. Em sede de agravo de instrumento, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por decisão monocrática do relator do caso, deferiu a antecipação de tutela recursal postulada pelo MPF em maior extensão. Determinou-se, basicamente, tanto a suspensão das atividades de mineração, como o depósito mensal de R\$ 1.000.000,00 a cada uma das sete aldeias indígenas afetadas. Impôs-se, também, multa diária para a hipótese de descumprimento do julgado, no valor de R\$ 10.000,00.

9. Considerando a ausência de recurso cabível (art. 527, parágrafo único, do CPC/1973), a Vale S/A impetrou, então, mandado de segurança contra a decisão proferida pelo relator do feito no TRF1 e obteve, na Presidência daquele tribunal, a suspensão liminar do julgado. O presidente da Corte entendeu que a medida de suspensão das atividades de mineração era drástica e que a exigência do depósito mensal possuía natureza satisfativa e irreversível, havendo risco de dano irreparável ou de difícil reparação à impetrante.

10. Acatando, todavia, suspensão de segurança formulada pelo MPF (SS 2.796), o presidente do STJ sustou a liminar deferida no MS, restabelecendo, assim, a condenação imposta na decisão do agravo de instrumento pelo TRF da 1ª Região. A Vale e o Estado do Pará, então, recorreram do julgado e obtiveram, por meio de reconsideração da decisão anterior, a garantia de que o depósito imposto na ação civil pública fosse feito em conta judicial bloqueada, não ficando, portanto, passível de levantamento imediato pelas aldeias indígenas.

11. Paralelamente, o Estado do Pará ajuizou a presente suspensão de liminar perante o Supremo Tribunal Federal contra aquela primeira decisão do TRF da 1ª Região, que havia deferido a antecipação de tutela recursal. Em 11/12/2015, o Min. Ricardo Lewandowski, então Presidente desta Corte, deferiu parcialmente o pedido pleiteado pelo Estado do Pará na presente suspensão de liminar para permitir as atividades de mineração, determinando, apenas, que as medidas compensatórias previstas no licenciamento ambiental fossem cumpridas em até 120 dias, sob pena de depósito mensal de R\$ 1.000.0000,00, por aldeia. Em última análise, portanto, suspendeu-se o pagamento da indenização mensal pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias.

12. Após a decisão monocrática do Ministro Lewandowski, o presidente do STJ encaminhou a SS 2.796 ao Supremo Tribunal Federal — reautuada como Suspensão de Segurança 5.115 —, em razão de ter se reconhecido a natureza constitucional da questão, o que, segundo o seu entendimento, encerraria a jurisdição do STJ. A SS 5.115 encontra-se conclusa aguardando o julgamento da presente ação.

13. Na presente suspensão de liminar, o agravo regimental interposto pelas associações indígenas alega, em síntese, os seguintes fundamentos para a reforma da decisão monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski: (i) a utilização de duas medidas excepcionais pelo Estado do Pará para garantir a manutenção do empreendimento minerário (SS 2796 e SL 933); e (ii) grave lesão à saúde e à segurança das comunidades indígenas com a continuação da atividade minerária. Na mesma linha, o agravo regimental interposto pelo MPF também postula a reforma da decisão, restabelecendo-se os comandos determinados pelo TRF da 1ª Região quanto à suspensão da atividade e o depósito mensal compensatório às comunidades indígenas, tendo como fundamento os graves danos causados pelo empreendimento ao meio ambiente e aos indígenas.

14. Por fim, os embargos de declaração da Vale S/A requerem: (i) a modificação da decisão embargada, de modo a fazer constar a implementação do plano básico ambiental aprovado pela Funai e não de um plano de gestão econômica, conforme transcrito na decisão; (ii) a intimação das comunidade indígenas para cooperarem com a Vale S/A na adoção das medidas necessárias ao cumprimento da decisão desta Corte, seja por meio de acesso às terras indígenas, seja viabilizando a participação da comunidade nas ações conjuntas.

15. Feito o resumo do caso de origem e dos demais incidentes processuais pertinentes à ação, bem como os pedidos dos recursos ora analisados, passo ao voto.

16. Os presentes recursos discutem, em síntese, o acerto da decisão monocrática proferida pelo Min. Ricardo Lewandowski, que determinou a retomada das atividades de mineração do empreendimento Onça Puma e a suspensão do pagamento de indenização determinada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região às comunidades indígenas afetadas. Em outras palavras, pretende-se reformar a decisão recorrida, de modo a possibilitar a suspensão do empreendimento minerário e o restabelecimento do depósito mensal em benefício às aldeias indígenas, nos termos determinados pelo TRF 1ª Região nos autos do Agravo de Instrumento 0042106-84.2015.4.01.0000.

17. Inicialmente, registro que a suspensão de liminar foi proposta pelo Estado do Pará com o propósito exclusivo de garantir o funcionamento do empreendimento minerário, sem questionar a indenização estabelecida às aldeias indígenas. Conforme se verifica na petição inicial, o Estado postulou a

[...] suspensão imediata e liminar dos efeitos da r. decisão proferida pelo Exmo. Des. Federal Souza Prudente, nos autos do Agravo de Instrumento 0042106-84.2015.4.01.0000, unicamente no que concerne à paralisação imediata e total do Empreendimento Mineração Onça Puma, uma vez que restam claras e comprovadas as violações perpetradas à ordem, à economia e à segurança pública [...].

Não houve, portanto, nenhum questionamento acerca do depósito mensal destinado às comunidades indígenas.

18. Entretanto, como já destacado, a decisão recorrida determinou não somente a retomada da atividade minerária, mas também a suspensão do pagamento da indenização, pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias, até a implementação do plano de gestão econômica e demais medidas compensatórias. Como se percebe, a segunda parte da decisão, embora importante para a solução da controvérsia nas instâncias ordinárias, não foi expressamente postulada pelo requerente. É certo que o princípio da congruência impede ao juiz conceder pedido diverso do que requerido pelas partes (art. 492, CPC/2015), o que me parece ter ocorrido no presente caso, com todas as vênias e reconhecendo as circunstâncias complexas de apreciação de suspensão liminar pela presidência, abarrotada de afazeres e casos difíceis.

19. Acrescento ainda que o prazo de 120 (cento e vinte dias) para a implementação do plano de gestão econômica esgotou-se em 10/04/2016. Tal circunstância, por si só, já seria fundamento suficiente para restabelecer o pagamento mensal às aldeias indígenas.

20. Dessa forma, acolho os recursos de agravo do Ministério Público Federal e das associações indígenas, no ponto em que requerem a adequação da decisão aos limites objetivos da demanda, de modo a considerar *extra petita* e, portanto, inválida a decisão monocrática em relação à determinação de suspensão do pagamento de indenização fixada nas instâncias ordinárias. Decidida essa questão, analiso a pretensão das agravantes de manter a suspensão do empreendimento minerário determinada pelo TRF da 1ª Região.

21. Também nesse ponto entendo que assiste razão às agravantes. Conforme destacado pela Procuradoria-Geral da República, há indícios de descumprimento pela Vale S/A de medidas preventivas, mitigadoras e compensatórias

previstas na licença ambiental. Ademais, em juízo mínimo de delibação, há evidências de que a atividade de mineração tem causado graves danos às comunidades indígenas, tais como: (i) a contaminação das águas do rio Cateté com metais pesados, o que afeta o principal recurso hídrico das aldeias; (ii) enfermidades ocasionadas pelo consumo de água contaminada (e.g.: angioedemas deformantes, lesões dermatológicas e cefaleias), doenças não registradas nas comunidades antes do início das atividades minerárias; e (iii) aumento anormal de casos de malformação e deficiências congênitas em recém-nascidos das aldeias indígenas. Ainda que esses indícios não sejam posteriormente confirmados no curso da ação civil pública, são suficientes para, com fundamento no princípio da precaução, justificar a suspensão da atividade minerária pelas instâncias ordinárias.

22. Além disso, destaco que as instâncias ordinárias, ao possuírem maior contato com o material probatório, parecem ser mais adequadas para avaliar a necessidade de medidas acauteladoras com a finalidade de prevenir eventuais danos graves ou de difícil reparação ao meio ambiente e às comunidades indígenas. Não cabe a esta Corte, em sede de cognição sumaríssima, sustar a eficácia de decisão das instâncias ordinárias quando há indícios em sentido diverso, como me parece ser o caso da presente suspensão de liminar.

23. Portanto, voto pelo restabelecimento do depósito mensal às aldeias indígenas, seja porque já expirado o prazo de 120 (cento e vinte) dias fixado na decisão recorrida, seja porque a decisão, nesse ponto, foi além do expressamente pedido pelo Estado do Pará. Quanto à suspensão da atividade, por aplicação do princípio da precaução, voto pelo restabelecimento da decisão do TRF da 1ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento 0042106-84.2015.4.01.0000, cabendo aos interessados demonstrar, no juízo próprio, o atendimento das exigências ambientais e a ausência de danos para as comunidades indígenas.

24. Por todo o exposto, acompanhando a divergência inaugurada pelos Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli, dou provimento aos agravos regimentais das associações indígenas e do Ministério Público Federal, de modo a indeferir o pedido de suspensão de liminar, ficando prejudicados os embargos de declaração.

É como voto.

Aparte

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Eu, desde logo, digo que não me oponho à solução proposta pelo eminente relator — eis que estou com o voto de sua excelência em mãos —, porquanto a minha decisão foi precária e efêmera. Na Presidência, quando sustei o fechamento imediato dessa mineração, tendo em conta especialmente o argumento de que o Município de Ourilândia do Norte sobrevivia, do ponto de vista econômico e social, em função desse empreendimento. Não havia, e creio que não há ainda, uma determinação de fechamento permanente, definitivo dessa mineradora, porque o que se exigia dela, na verdade, era um plano de gestão econômica e outras medidas compensatórias para as aludidas comunidades indígenas, que creio já foram relacionadas pelo eminente vistor. O que é que eu fiz? Eu simplesmente determinei que as atividades continuassem por até cento e vinte dias. E, nesses cento e vinte dias, a empresa ultimaria o plano de gestão econômica e as medidas compensatórias para as aldeias indígenas, de modo a não paralisar a vida daquele Município de Ourilândia. Então, eu não tenho nenhuma restrição no sentido de que as medidas, que serão propostas pelo eminente vistor, sejam adotadas pelo Plenário, até porque o prazo de cento e vinte dias, que eu concedi, já se escoou. Então, a essas alturas, creio eu, o plano de gestão econômica deve ter sido implementado, as medidas compensatórias devem ter sido efetivadas, portanto, sua excelência está propondo que se revogue a minha decisão e se dê provimento ao agravo, tanto do Ministério Público como das comunidades indígenas. Então eu queria, desde logo, para facilitar a discussão, dizer que me ponho plenamente de acordo com esse bem fundamentado voto que o eminente Ministro Luís Roberto Barroso agora traz à nossa apreciação.

A Exma. Sra. Min. Cármen Lúcia: — Apenas para organizar que, após o voto do Ministro Ricardo Lewandowski naquela assentada, o Ministro Marco Aurélio votou imediatamente, dando provimento, ou seja, iniciando uma divergência, no que foi acompanhado, como eu disse no início, pelo voto do Ministro Dias Toffoli, daí o pedido de vista. Então já há três votos, este é o quarto, por isso nós precisamos dar esse seguimento.

O Exmo. Sr. Min. Marco Aurélio: — Estamos a atuar no âmbito de medida que, para mim, é excepcionalíssima, a suspensão de tutela, de liminar, em que o Supremo adentra o campo na área da contracautela. A partir do momento

em que provemos os recursos, afastamos a suspensão verificada. A consequência lógica qual é? A retomada dos processos na origem.

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Eu quero dizer, na verdade, é que esse um milhão de reais é uma *astreinte* pelo não cumprimento das obrigações impostas à empresa mineradora. Quer dizer, é possível, não podemos saber porque é uma matéria fática, se as obrigações foram cumpridas e se essa *astreinte* é ou não cabível. Eu não sei se nós podemos e devemos determinar o depósito, porque é possível que...

O Exmo. Sr. Min. Luís Roberto Barroso: — Nós estamos restabelecendo a decisão...

A Exma. Sra. Min. Cármen Lúcia: — Restabelece e determina o levantamento, que é o de que os índios precisam para se curarem. O advogado tem alguma questão de fato? E apenas de fato porque já há quatro votos tomados.

O Ilmo. Sr. Advogado: — Excelentíssima senhora presidente, excelentíssimos ministros, excelentíssimos servidores, nobres colegas. Na verdade, a primeira questão de fato é que o plano de gestão econômica não existe. O que existe é um plano básico ambiental. Isso foi devidamente esclarecido, a própria Funai tem uma manifestação expressa, que foi entregue a vossas excelências. Então, o que prevalece é um plano básico ambiental, inclusive, a própria Funai traz um esclarecimento do uso indevido da expressão PGE, erro de utilização acerca do termo plano de gestão econômica em vez de plano básico ambiental. Esse é o primeiro esclarecimento de fato. O segundo esclarecimento de fato é que não existe pedido referente ao valor de sete milhões de reais por mês, que inviabiliza a atividade da mineradora, porque ela terá que cessar as atividades de qualquer forma. Então, esses sete milhões, que são um milhão de reais para cada aldeia, ele não foi pedido, ele foi fixado pelo Tribunal Regional Federal, e é um dos motivos, inclusive, do recurso. Esse valor, na verdade, ele se sobrepõe a tudo que se possa imaginar e, na verdade, com relação às aldeias Caiapó, que são quatro, o plano básico ambiental já foi complementado.

O Ilmo. Sr. Advogado: — O plano, com relação às aldeias Xikrim, a Vale não pode ingressar na área, eu repiso isso porque é verdade, a Vale não pode ingressar para cumprir as obrigações dela que remanescem. Todas as outras foram cumpridas, então, os cento e vinte dias, que é o pedido, inclusive, nos embargos, é que passem a fluir a partir do momento em que se permitir esse ingresso. Esses são os dois pontos essenciais, não existe o PGE e a Vale precisa cumprir. E o remanescente ela já cumpriu. Na verdade, os indígenas têm, excelências, eles têm plano de saúde, eles têm todas as medidas...

O Exmo. Sr. Min. Luís Roberto Barroso: — Presidente, eu havia atendido o ilustre advogado e acho que as ponderações são relevantes. Só que não são para serem decididas, aqui, em sede de suspensão de liminar.

A Exma. Sra. Min. Cármen Lúcia: — Isso. Nós estamos em sede de suspensão.

O Ilmo. Sr. Advogado: — Mas restabelecer o depósito de sete milhões de reais por mês?

O Exmo. Sr. Min. Luís Roberto Barroso: — Há uma decisão do Tribunal Regional Federal que estabeleceu esse depósito. Em suspensão liminar, se suspendeu. Nós, agora, estamos dando provimento e restabelecendo a decisão que poderá ser impugnada da maneira adequada. O que nós estamos entendendo é que esta matéria tem uma complexidade fática e envolve saúde e, conseqüentemente, por precaução, nós estamos parando o jogo e determinando às instâncias ordinárias que deliberem. Penso que seja assim o certo a se fazer.

O Ilmo. Sr. Advogado: — Um último ponto, excelência, que é relativo ao requerimento que se faz. Na verdade, há um laudo apócrifo que ainda é objeto de perícia na primeira instância. O pedido da Vale é que se conceda o prazo de 120 dias e se permita o ingresso na área. O valor para cumprimento dessa obrigação é bem inferior e são projetos, não são valores financeiros entregues nas mãos dos indígenas sem qualquer tipo de contrapartida ou de contraprestação ou de prestação de contas. É um valor que, realmente, é irreversível. O que a Vale pede é que se conceda esse prazo para que, efetivamente, se possa cumprir essa obrigação.

O Exmo. Sr. Min. Luís Roberto Barroso: — Presidente, retomando ainda. O Min. Lewandowski concedeu um prazo de 120 dias. Aparentemente, tudo permaneceu inerte.

A Exma. Sra. Min. Cármen Lúcia: — Agora, como diz vossa excelência, as instâncias próprias vão verificar.

O Exmo. Sr. Min. Luís Roberto Barroso: — Reiterando aqui a minha solidariedade, o Min. Lewandowski preocupou-se com o impacto econômico e social da suspensão e determinou que, em 120 dias, se atendessem às exigências ambientais. Nós nem sabemos se foram atendidas e o que aconteceu nem é papel do Supremo saber se o que o Min.

Lewandowski determinou foi cumprido. Portanto, eu acho que nós estamos devolvendo a matéria para a instância competente.

A Exma. Sra. Min. Cármen Lúcia: — Claro, mantendo a jurisdição do Supremo.

O Ilmo. Sr. Advogado: — O prazo de 120 dias consta da decisão dessa digna Presidência.

O Exmo. Sr. Min. Marco Aurélio: — De qualquer forma, presidente, o pleito da Vale poderá ser colocado na origem.

A Exma. Sra. Min. Cármen Lúcia: — E encaminhado à instância competente.

O Exmo. Sr. Min. Marco Aurélio: — Inclusive considerado o fato novo, o empecilho quanto às medidas determinadas.

Voto

O Exmo. Sr. Min. Alexandre de Moraes: — Senhora presidente, também eu, pedindo vênias ao ilustre Min. Ricardo Lewandowski — apesar de sua excelência já ter se manifestado a favor —, vou acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro Marco Aurélio e o prejuízo dos embargos, fazendo minhas as observações que foram feitas pelo Min. Toffoli em relação à aparente confusão que foi realizada nas instâncias anteriores, inclusive com manifestação já da Funai quanto aos planos, mas que foge totalmente à questão de suspensão de segurança.

Voto

O Exmo. Sr. Min. Edson Fachin: — Senhora presidente e eminentes colegas, declaro, inicialmente, que, embora o julgamento tenha sido iniciado algum tempo antes de ter a honra de adentrar esta Corte, examinei a matéria e, em termos regimentais, registro que me sinto em condições de proferir o voto. A análise que fiz conduziu à conclusão, precisamente esta, que agora o Min. Luís Roberto Barroso, em seu denso voto-vista traz à colação e que vai ao encontro da divergência que houvera sido inaugurada pelo eminente Min. Marco Aurélio e também seguida pelo eminente Min. Dias Toffoli, a fim de dar provimento ao agravo, restaurar a decisão que houvera sido proferida pelo Tribunal Regional Federal e, de consequência, julgar prejudicados os embargos de declaração. Portanto, estou acompanhando este sentido da decisão e é como voto.

Voto

A Exma. Sra. Min. Rosa Weber: — Senhora presidente, cumprimento a todos. Não preciso pedir vênias ao eminente Min. Lewandowski, diante da manifestação de sua excelência nesta assentada. Acompanho a divergência aberta pelo Min. Marco Aurélio, acompanhado pelo Min. Dias Toffoli, nos exatos termos do voto, como sempre brilhante, proferido pelo Ministro-Vistor, Min. Luís Roberto Barroso, e, em consequência, dou provimento aos agravos regimentais de modo a indeferir o pedido de suspensão de liminar, considerando a excepcionalidade dessa medida e os limites estreitos em que se impõe o julgamento dessa Corte. Isso implica, por óbvio, o restabelecimento do decidido na origem. E julgo também, em decorrência, senhora presidente, prejudicados os embargos de declaração.

Voto

O Exmo. Sr. Min. Luiz Fux: — Senhora presidente, em primeiro lugar, num primeiro momento, a decisão do Min. Lewandowski se manteve hígida, sob o ângulo da legalidade e da legitimidade, porque a suspensão de segurança se dá quando há manifesto interesse público, flagrante ilegitimidade, ou para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia. Então, naquela oportunidade, vossa excelência levou em consideração que a paralisação das atividades acarretaria um forte impacto na economia do próprio Estado.

Posteriormente, eu também tive o prazer de receber os eminentes advogados, que ressaltaram alguns aspectos e a impossibilidade desse cumprimento no prazo de 120 dias. Eu vou realçar isso, porque poucos talvez tenham tomado conhecimento, porque ainda não se tocou nesse tema. O novo Código de Processo Civil estabeleceu uma

série de obrigações ao Judiciário para que prestasse a tutela jurisdicional num prazo razoável, mas, ao mesmo tempo em que impôs muitos deveres, também estabeleceu inúmeros poderes.

O art. 139 traz nove incisos com os poderes hoje conferidos ao juiz. Dentre outros que geram um poder implícito, consta, no inciso VII, que é poder do juiz ao dirigir o processo:

VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

Então, aqui, na verdade, é uma modalidade em que o juiz pode usar força policial para fazer valer a suas decisões. De sorte que essa alegação da embargante, com a devida vênia, de que não conseguem cumprir, porque os índios resistem não merece prosperar. Nós, até hoje, assistimos à requisição de força para o cumprimento de decisões judiciais em aldeias indígenas. Este é o primeiro aspecto.

O segundo aspecto diz respeito às *astreintes*. Ontem, fiquei impressionado com a alegação de que o foco da demanda teria se transmutado da proteção do meio ambiente para o objetivo econômico, porque os índios teriam interesse em resgatar esses depósitos.

O Exmo. Sr. Min. Gilmar Mendes: — Vossa excelência me permite só uma observação? Eu não sei se nós estamos levando em conta que, certamente, com a decisão que estamos tomando — acho que o Min. Lewandowski levou isso em conta —, a atividade vai se encerrar. E com isso também vai perder a razão o pagamento das *astreintes*. Certamente os índios voltarão, aqui ou aos tribunais, para pedir que a atividade prossiga. Não sei se o Tribunal está atento para o fato de que, de fato, a atividade vai se encerrar, a atividade de mineração. E, com isso, também vai cessar a razão para o pagamento, que certamente é o que os anima nesse momento, esse um milhão de reais que se paga a cada um. Não sei se nós estamos levando isso em conta.

A Exma. Sra. Min. Cármen Lúcia: — Acho, ministro, que nós estamos devolvendo a matéria ao Tribunal Regional Federal, e isso será discutido lá. Nós apenas tínhamos determinado a suspensão da decisão deles. Então, agora, devolvendo-se ao Tribunal Regional Federal esta matéria, se vai continuar ou não a atividade, será julgado lá, porque eles estavam congelados processualmente pela suspensão liminar. Então, agora, não haverá nenhuma decisão que não seja do próprio Tribunal Regional Federal.

O Exmo. Sr. Min. Gilmar Mendes: — Mas eu só estou chamando a atenção para isso, porque nós vimos, e vossa excelência viu também, o que aconteceu em Raposa Serra do Sol: encerrou-se uma atividade de cinco mil hectares de arroz, que tinha lá, e esses índios que de lá saíram, saíram depois para as favelas de Roraima, de Boa Vista. É o mesmo quadro que se desenha aqui. Certamente, no momento em que a atividade de mineração cessar e ficar proibida, sem nenhum parâmetro, a empresa vai se desobrigar do pagamento desse um milhão, que está sendo aqui reivindicado e que parece ser a causa de toda a controvérsia, aquilo que foi alvo da discussão e da decisão do Min. Lewandowski, e nós temos como consequência de fato o encerramento das atividades econômicas da empresa.

O Exmo. Sr. Min. Luiz Fux: — Então, em primeiro lugar, se houver resistência, há a utilização da força policial, que é poder imanente de todo juiz e agora explícito no Código de Processo Civil. Por outro lado, o art. 537 do novo Código de Processo Civil estabelece que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor e a periodicidade das *astreintes*, porque elas podem ser excessivas, sem nenhuma capacidade de persuasão, ou elas podem ser insuficientes.

Então, o juiz hoje fixa de ofício, não há nenhum erro *in procedendo* nessa fixação. Aí, entra essa questão que foi muito bem posta pelo Min. Gilmar, quer dizer, a questão hoje sempre constante das decisões judiciais do Supremo é que deveriam obedecer a um consequencialismo pragmático. O que isso vai dar? Qual vai ser o resultado dessa decisão? Então, aqui, fazendo coro com o que a presidente acaba de sustentar, o Supremo Tribunal Federal tem inúmeros acórdãos no sentido de que, na suspensão da segurança, como se cuida de um procedimento sumário de cognição incompleta, não se reclama, para o deferimento da medida, o pré-julgamento em favor da entidade pública sobre a questão de fundo. Então, essa é a regra geral sobre como o Tribunal deve proceder na suspensão de segurança: ele deve se limitar à observância desses requisitos necessários para essa medida excepcional.

De sorte que o Min. Barroso traz um voto que atende esse novel princípio do desenvolvimento sustentável, mas nós não podemos exercer essa cognição fático-probatória, com essa amplitude, porque isso não é um recurso, é

uma ação originária; é uma suspensão de segurança. O caminho correto é exatamente o juiz de primeiro grau avaliar as consequências dessa decisão.

Inclusive, também quero destacar que há um argumento *ad terrorem* de que os índios pretenderiam embolsar esse dinheiro. Não há nenhuma defesa — digamos assim — de postura minoritária dos indígenas ou de quem quer que seja.

O Código hoje é claro:

A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

Então, hoje não há mais esse risco de que se possa apropriar de valores, enquanto não se sabe o resultado da demanda. Assim, o melhor caminho é o juiz de primeiro grau, que está próximo da coisa, da área de discussão, para solucionar esse conflito.

Dessa forma, reitero: o Min. Lewandowski estava absolutamente correto quando deferiu. E os fatos supervenientes agora recomendam que seja revogada a segurança.

Por essas razões, eu acompanho integralmente o voto do Min. Luís Roberto Barroso.

O Exmo. Sr. Min. Gilmar Mendes: — Presidente, eu vou pedir vênia, por conta das consequências, para acompanhar o voto que agora o Min. Lewandowski já está até retificando. Vou votar pelo provimento dos embargos opostos pela Vale, mantendo em parte a decisão do Ministro Lewandowski e, por consequência, suspendendo integralmente a decisão do relator do AI, com o restabelecimento da medida liminar parcialmente deferida, incluindo as condicionantes impostas pelo juízo de primeiro grau.

A Exma. Sra. Min. Cármen Lúcia: — Então vossa excelência recebe os embargos como agravo e os acolhe. E, quanto ao agravo das partes, então, vossa excelência nega provimento.

Voto

O Exmo. Sr. Min. Celso de Mello: — Peço vênia para aderir à divergência iniciada pelos eminentes Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli, agora acompanhados, no ponto, pelo eminente Ministro Roberto Barroso. Ao assim julgar, tenho em consideração o fato — processualmente relevante — de que os elementos produzidos nos autos não justificam nem conferem suporte legitimador à medida de contracautela concedida pela decisão objeto dos presentes recursos de agravo.

Demais disso, impõe-se ter presente a circunstância, realçada pelo eminente Ministro Roberto Barroso, de que, segundo sustenta:

Há indícios de descumprimento pela Vale S/A de medidas preventivas, mitigadoras e compensatórias previstas na licença ambiental, e, em juízo mínimo de delibação, há evidências de que a atividade de mineração tem causado graves danos às comunidades indígenas, tais como: a contaminação das águas do Rio Cateté com metais pesados, o que afeta o principal recurso hídrico das aldeias; enfermidades ocasionadas pelo consumo de água contaminada e aumento anormal de casos de mal formação fetal e deficiências congênitas em recém nascidos das aldeias indígenas [...].

Finalmente, cabe invocar, em favor da pretensão recursal deduzida pelos ora agravantes, o princípio da precaução, cuja essencialidade, em tema de preservação da incolumidade do meio ambiente, foi por mim acentuada em voto proferido no julgamento plenário do RE 627.189/SP, ocasião em que pus em relevo esse postulado fundamental, consagrado, como se sabe, na Declaração do Rio de Janeiro (1992) adotada na ECO/92, que representou, naquele particular momento histórico, marco significativo no processo de transição e, sobretudo, de evolução do postulado da prevenção, então reconhecido pela Declaração de Estocolmo (1972), para o princípio da precaução:

4. O princípio da precaução como consequência e instrumento de proteção ao direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A Constituição da República, ao dispor sobre a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por ela própria reconhecido como 'bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida' (CF, art. 225, 'caput'), instituiu, entre nós, verdadeiro 'Estado de Direito Ambiental' fundado em bases constitucionais, em que o princípio da precaução desempenha papel de fundamental importância, consoante assinalam eminentes doutrinadores (ANA

FLAVIA BARROS, 'Princípio da Precaução', 2004, Del Rey; PAULO AFFONSO LEME MACHADO, 'Direito Ambiental Brasileiro', p. 94/117, item n. 6, 22ª ed., 2014, Malheiros; FREDERICO AUGUSTO DI TRINTADE AMADO, 'Direito Ambiental Esquemático', p. 41/44, item n. 5.3, 2ª ed., 2011, Método; PAULO DE BESSA ANTUNES, 'Direito Ambiental', p. 30/48, itens ns. 3.2.5 a 3.2.5.6, 14ª ed., 2012, Atlas, v.g.). Com efeito, o princípio da precaução, que tem suporte em nosso ordenamento interno (CF, art. 225, § 1º, V, e Lei nº 11.105/2005, art. 1º, 'caput') e, também, em declarações internacionais (como a Agenda 21, Princípio 15, que resultou da Conferência do Rio/92), incidirá, como advertem doutrina e jurisprudência, sempre que houver probabilidade de concretização de dano em consequência de atividade identificada por sua potencialidade lesiva. Caso tal ocorra, impor-se-á, então, ao Estado, com apoio em referido postulado, a adoção de medidas de índole cautelar destinadas a preservar a incolumidade do meio ambiente e a proteger, desse modo, a integridade da vida e da saúde humanas.

[...]

Vê-se, por isso, que a preocupação tanto com a intangibilidade da saúde e da vida humanas quanto com a preservação da incolumidade do meio ambiente não só representa dado relevante consagrado em declarações internacionais, mas também resulta da própria compreensão que o Supremo Tribunal Federal tem revelado em diversos julgamentos, nos quais esse tema vem sendo alçado à condição de direito eminente e fundamental reconhecido às formações sociais e às pessoas em geral:

'A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE REPRESENTA EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe ao Estado e à própria coletividade a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina .

A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

– A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, entre outros princípios gerais, àquele que privilegia a 'defesa do meio ambiente' (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina . Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.

A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA – O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.' (ADI 3.540-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) "

Sendo assim, e em face das razões expostas, peço vênias para dar provimento aos presentes recursos de agravo, em ordem a denegar o pedido de suspensão de eficácia da medida liminar.

É o meu voto .

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)

– Também peço vênias ao Ministro Ricardo Lewandowski, com o quadro que então se apresentava a decisão, e também ao Ministro Gilmar Mendes, que apresenta os fundamentos pelos quais entende em sentido diverso, mas siga a divergência no sentido de prover os agravos e julgar prejudicado, exatamente na linha dos votos do Ministro Dias Toffoli e do Ministro Marco Aurélio, adotando o princípio da precaução, que levava, nesse exame próprio e único da liminar, que é objeto da suspensão, à providência tomada. Nesse sentido, acompanho a divergência.

Voto

A Exma. Sra. Min. Cármen Lúcia: — 1. Agravo regimental contra decisão do Min. Ricardo Lewandowski que, então Presidente deste Supremo Tribunal, suspendeu liminar deferida pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região, o qual havia determinado

[...] a imediata suspensão das atividades de mineração no empreendimento descrito nos autos, até que seja comprovada a implementação do Plano de Gestão Econômica e das demais medidas compensatórias para as aludidas comunidades indígenas, determinando-se, ainda, que a Companhia Vale do Rio Doce S/A proceda ao depósito mensal de quantia pecuniária, a título de compensação pela ausência da adoção dessas medidas, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por aldeia, a ser revertido às aludidas comunidades, até a efetiva implementação de tais medidas, devendo a quantia aqui estipulada ser depositada perante o juízo do feito, em conta judicial junto à Caixa Econômica Federal, para essa específica finalidade e posterior levantamento pelas comunidades indígenas beneficiárias, por intermédio de seus respectivos representantes legais constituídos nos autos, a se efetivar tal depósito judicial, a partir do dia 10 (dez) de agosto do corrente ano, sob pena da multa coercitiva no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por dia de atraso, no cumprimento desta decisão mandamental, a contar de sua ciência, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, na espécie, nos termos do artigo 14, inciso V e respectivo parágrafo único do CPC vigente [...] (pág. 21 do documento eletrônico 23).

2. Tem-se no relatório do Ministro Ricardo Lewandowski:

Trata-se de suspensão de liminar proposta pelo Estado do Pará contra decisão proferida por Desembargador do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que, nos autos do Agravo de Instrumento 0042106-84.2015.4.01.0000, deferiu pedido de antecipação de tutela recursal para “determinar a imediata suspensão das atividades de mineração no empreendimento descrito nos autos, até que seja comprovada a implementação do Plano de Gestão Econômica e das demais medidas compensatórias para as aludidas comunidades indígenas, determinando-se, ainda, que a Companhia Vale do Rio Doce S/A proceda ao depósito mensal de quantia pecuniária, a título de compensação pela ausência da adoção dessas medidas, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por aldeia, a ser revertido às aludidas comunidades, até a efetiva implementação de tais medidas, devendo a quantia aqui estipulada ser depositada perante o juízo do feito, em conta judicial junto à Caixa Econômica Federal, para essa específica finalidade e posterior levantamento pelas comunidades indígenas beneficiárias, por intermédio de seus respectivos representantes legais constituídos nos autos, a se efetivar tal depósito judicial, a partir do dia 10 (dez) de agosto do corrente ano, sob pena da multa coercitiva no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por dia de atraso, no cumprimento desta decisão mandamental, a contar de sua ciência, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, na espécie, nos termos do artigo 14, inciso V e respectivo parágrafo único do CPC vigente” (pág. 21 do documento eletrônico 23).

O requerente alega que

“O art. 4º da Lei nº 8.437/1992 prevê a possibilidade de suspensão de liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

No caso dos autos, está-se diante de hipótese em que a liminar concedida no Agravo de Instrumento nº 0042106-84.2015.4.01.0000 poderá trazer – como de fato já está trazendo – graves prejuízos à ordem, à segurança e à economia públicas, considerando as consequências danosas da decisão que determinou a paralisação total e imediata do Empreendimento de Mineração Onça Puma” (pág. 12 do documento eletrônico 2).

Acrescenta, em seguida, que

“o Empreendimento Mineração Onça Puma, com base central no município de Ourilândia do Norte/PA, é responsável pela geração de 850 empregos diretos e aproximadamente 11.000 empregos indiretos, sendo o principal pilar de sustentação da economia local. A determinação para a paralisação imediata e total das atividades do empreendimento, sem observar as cautelas devidas, certamente conduzirá ao desemprego e ao caos social na região, com aumento nos índices de criminalidade e piora nos indicadores sociais e humanos.

É fato público e notório que a instalação de grandes empreendimentos na Amazônia vem sempre acompanhada de um crescimento no fluxo migratório, causando inchaço populacional nas cidades que recebem tais projetos e o aumento da demanda por serviços públicos (saúde, educação, segurança etc.). Em regra, a arrecadação proveniente de tais projetos serve diretamente à melhora na qualidade de vida da população.

O município de Ourilândia do Norte, especificamente, apresentava IDHM (índice de desenvolvimento humano municipal) correspondente a 0,309 em 1991. Em 2000 este índice passou a 0,438 e em 2010 alcançou o patamar de 0,6242 – um aumento de mais de 40% em menos de uma década, devido, em grande parte, à instalação do Empreendimento de Mineração Onça Puma, que criou empregos, aumentou a arrecadação e levou o desenvolvimento a uma região esquecida pelo resto do país.

E a situação afigura-se ainda mais grave ao considerar a crise econômica pela qual passa o Brasil, com retração do PIB, aumento da inflação e do desemprego. A possível extinção de cerca de 12.000 vagas de empregos diretos e indiretos trará consequências nefastas ao município de Ourilândia do Norte e ao Estado do Pará! E tudo isto com base em meras ilações contrárias às provas técnicas produzidas nos autos e à análise conduzida pelos órgãos ambientais competentes, conforme será demonstrado no tópico seguinte” (págs. 12-14 do documento eletrônico 2).

O Estado do Pará destaca, ademais, que

o “ Empreendimento Mineração Onça Puma no município de Ourilândia do Norte possibilitou também a instalação do Instituto Pitágoras – instituição de ensino de referência naquela região –, que atende, atualmente, mais de 120 alunos bolsistas e mais de 400 alunos filhos de empregados do Projeto Onça Puma. A paralisação total do empreendimento por tempo indeterminado certamente inviabilizará também a permanência da referida escola no município.

Não fosse bastante, destaca-se que o Empreendimento de Mineração Onça Puma recolheu o montante de R\$2.539.103,20 (dois milhões, quinhentos e trinta e nove mil, cento e três reais e vinte centavos) a título de TFRM (Taxa de Fiscalização de Recursos Minerários) no ano de 2014 e mais R\$2.523.721,68 (dois milhões, quinhentos e vinte e três mil, setecentos e vinte e um reais e sessenta e oito centavos) a título de CFEM (incluindo os repasses estadual e municipal), conforme dados obtidos junto à Secretaria de Estado da Fazenda, documentos em anexo.

[...]

Neste contexto, considerando o cenário atual da economia e a vocação natural do Estado do Pará para a exploração mineral, determinar a paralisação imediata de um dos maiores empreendimentos instalados no interior do estado é agravar ainda mais a situação da já tão combatida economia paraense, impondo sofrimento e danos efetivos à população.

Tais aspectos não são desimportantes e dizem respeito diretamente ao interesse público. A paralisação imediata e por tempo indeterminado das atividades do empreendimento impactará negativamente na vida de milhares de cidadãos paraenses, que dependem direta ou indiretamente do referido projeto, especialmente ao se considerar a incerteza quanto à duração do processo até o julgamento final de mérito: mais de 03 anos após o ajuizamento da Ação Civil Pública, o processo ainda aguarda a realização de audiência de conciliação!

Assim, também sob o aspecto do risco de lesão grave e irreparável à ordem, à segurança e à economia públicas se justifica o presente pedido de Suspensão de Liminar exclusivamente no que se refere à determinação para suspensão imediata das operações do Empreendimento de Mineração Onça Puma” (pág. 23 do documento eletrônico 2).

Quanto à suposta poluição do Rio Cateté, o requerente argumenta que

“o Projeto Mineração Onça Puma foi instalado e passou a operar após o cumprimento de todos os requisitos legais, inclusive com a elaboração dos estudos de impacto ambiental necessários (EIA/RIMA) – nos quais foi analisada a qualidade da água do Rio Cateté –, o que não pode ser simplesmente ignorado pelo Ministério Público Federal e pelo Poder Judiciário, até porque não há qualquer alegação de equívoco ou vício material no processo de licenciamento.

O Princípio da Precaução assume, na proteção ao meio ambiente, uma função nitidamente preventiva: não havendo certeza quanto à ocorrência de possível dano ao meio ambiente, exige-se a realização de estudos e a adoção de medidas aptas a eliminar ou minorar tais danos. Conforme o ordenamento constitucional vigente, uma das principais traduções do Princípio da Precaução consiste exatamente na exigência dos estudos prévios de impactos ambientais, que visam justamente a analisar os possíveis impactos ambientais decorrentes da atividade proposta, com a identificação de medidas capazes de mitigar ou compensar os potenciais danos.

Todo este procedimento foi observado antes do licenciamento do empreendimento Mineração Onça Puma, com a elaboração de detalhados estudos (EIA e RIMA, em anexo). Agora, com o empreendimento já em operação, não se discute apenas os potenciais ou possíveis danos, havendo, em verdade, que se perquirir sobre a ocorrência concreta do dano de modo a justificar a medida drástica de paralisação completa da atividade econômica – o que não está demonstrado nos autos, uma vez que as provas produzidas apontam, em verdade, para a INOCORRÊNCIA do dano avertido.

[...]

Por todo o exposto, diante das provas técnicas produzidas até o momento, tanto pelo Ministério Público Federal quanto pela Vale S/A, pode-se concluir pela inoccorrência de contaminação do Rio Cateté em virtude do projeto de exploração mineral, de modo que a paralisação imediata do empreendimento é medida inadequada e desnecessária, especialmente considerando a ausência de risco de lesão grave e irreparável ao meio ambiente e à saúde da população indígena, pelo que se requer, portanto, a suspensão da decisão guerreada, especificamente no que concerne suspensão total e imediata do Empreendimento Mineração Onça Puma” (págs. 30-31 do documento eletrônico 2).

Em 3/11/2015, determinei a oitiva dos interessados e da Procuradoria-Geral da República, nos termos do § 2º do art. 4º da Lei 8.437/1992 (documento eletrônico 25).

A VALE S/A manifestou-se no sentido de que seja julgado procedente o pedido para suspender integralmente a decisão combatida, de forma que, além dos termos aduzidos pelo Estado requerente, sejam conhecidas de ofício as lesões ocasionadas pelo decisum também no que toca à obrigação da empresa em compensar financeiramente os indígenas, uma

vez que considera a quantia exorbitante e sem nenhum parâmetro razoável para sua aplicação, por se tratar de matéria de ordem pública (documento eletrônico 27).

A Fundação Nacional do Índio – FUNAI apresentou manifestação em que requereu a extinção da petição inicial da suspensão ou o indeferimento do pedido (documento eletrônico 38).

Posteriormente, o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, opinou pelo indeferimento do pedido de suspensão. A ementa de sua manifestação é a seguinte:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMPREENDIMENTO DE MINERAÇÃO. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. CONDICIONANTE. DESCUMPRIMENTO. COMUNIDADES INDÍGENAS XIKRIN DO CATETÉ E KAYAPÓ. IMPACTOS ETNOAMBIENTAIS. PARALISAÇÃO DA ATIVIDADE MINERÁRIA. LESÃO À ORDEM, À SEGURANÇA E À ECONOMIA PÚBLICAS. INEXISTÊNCIA. RISCO DE DANO INVERSO.

1. Tem competência o Supremo Tribunal Federal para a apreciação de pedido de suspensão de liminar em que o núcleo de direito material debatido apoia-se em fundamento constitucional, gravitando em torno da proteção reconhecida aos índios pelo art. 231 da Constituição da República.

2. Não representa grave risco à ordem, à segurança ou à economia públicas a decisão judicial que, reconhecendo o descumprimento de condicionante exigida no licenciamento ambiental de empreendimento de mineração, gerador de impactos etnoambientais sobre comunidades indígenas, determina a paralisação das atividades do empreendimento, até que sejam implementadas todas as medidas previstas na condicionante previamente exigida pelo poder público.

3. Numa justa e adequada ponderação de valores, o bem vida sobrepõe-se aos eventuais prejuízos econômicos decorrentes da paralisação do empreendimento, devendo ser prestigiada, em situações tais, a medida que implicar a mitigação dos riscos de perecimento do bem maior em disputa, representado, no caso, pela subsistência física e cultural das comunidades indígenas Xikrin do Cateté e Kayapó.

4. Parecer pelo indeferimento do pedido de suspensão” (pág. 1-2 do documento eletrônico 44).

É o relatório necessário.

3. Ao deferir a suspensão da liminar, o ministro presidente não vislumbrou risco de “dano imediato ao meio ambiente”, pelo que a paralisação das atividades poderia “causar prejuízos econômicos vultosos imediatos e de difícil reparação ao Estado do Pará e também ao Município de Ourilândia do Norte/PA, inclusive com a possível e indesejável demissão de um grande número de trabalhadores que nela são empregados, direta ou indiretamente”.

Estes os fundamentos da decisão agravada:

Com efeito, o deferimento do pedido de suspensão de liminar exige a presença de dois requisitos: (i) o fundamento de índole constitucional e (ii) a ocorrência de lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

Muito bem. Examinados os autos, verifico, preliminarmente, que se encontra bem demonstrada a natureza constitucional da controvérsia (Rcl 475/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti; Rcl 2.252- AgR/PR, Rel. Min. Marco Aurélio; e SS 2.504-AgR/DF, Rel. Min. Ellen Gracie), uma vez que se discute na origem a proteção ao meio ambiente combinado ao desenvolvimento econômico, ambos previstos na Constituição Federal.

Registre-se, também, que, embora a contracautela revista-se de caráter excepcional, tenho que o caso dos autos permite o seu deferimento, tendo-se em perspectiva a jurisprudência firmada por esta Suprema Corte no sentido de que “[...] na análise do pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de delibação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS 846-AgR/DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.96; SS 1.272-AgR/RJ, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 18.5.2001” (STA 322/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Nesse sentido, a proteção ao meio ambiente está intrinsecamente associada ao desenvolvimento econômico e social, e este é um dos maiores desafios de nossa atual sociedade: manter o equilíbrio de seus ecossistemas para a gestão racional dos recursos naturais de que dispomos. A exploração de recursos naturais, portanto, deve se dar de maneira sustentável, de modo a preservar o ecossistema e sua biodiversidade para as presentes e futuras gerações.

Entretanto, na espécie, a paralisação das atividades do Empreendimento Mineração Onça Puma, como fartamente documentado nos autos e tal como ocorreu, poderá causar prejuízos econômicos vultosos imediatos e de difícil reparação ao Estado do Pará e também ao Município de Ourilândia do Norte/PA, inclusive com a possível e indesejável demissão de um grande número de trabalhadores que nela são empregados, direta ou indiretamente.

O retorno de suas atividades, contudo, não significa desobrigar a empresa exploradora de realizar o Plano de Gestão Econômica, tampouco exime o Estado requerente da atuação rigorosa na preservação do meio ambiente e do cuidado com as populações estabelecidas na região.

In casu, analisadas as alegações expostas na inicial e considerando que, nestes autos, não se cogita de dano imediato ao meio ambiente, entendendo estar configurada a grave ofensa à ordem econômica, alegada pelo requerente, a justificar a concessão de medida extrema.

Isso posto, defiro parcialmente o pedido para permitir a continuidade das atividades de mineração do Empreendimento Mineração Onça Puma, sem prejuízo de implementação do Plano de Gestão Econômica e das demais medidas compensatórias para as aludidas comunidades indígenas, que deverão ser finalizadas em até 120 (cento e vinte) dias, sob pena de que, a partir desse prazo, a Companhia Vale do Rio Doce S/A proceda ao depósito mensal de quantia pecuniária, a título de compensação pela ausência da adoção dessas medidas, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por aldeia, a ser revertido às aludidas comunidades. Comunique-se com urgência. Publique-se. Brasília, 11 de dezembro de 2015.

Ministro Ricardo Lewandowski
Presidente

4. Contra essa decisão foram interpostos agravos regimentais pelas associações indígenas interessadas e pelo Ministério Público Federal.

As associações indígenas alegam, preliminarmente, supressão de instância pelo Estado do Pará que estaria “utilizando duas vias recursais, ao mesmo tempo, quais sejam o Agravo Regimental interposto nos autos da SS 2796/PA-STJ e a presente Suspensão de liminar”.

Quanto ao mérito, argumentam que “o fato de a Sema/PA ter concedido licença de operação não obsta que se tome as providências cabíveis no sentido de determinar a paralisação do empreendimento Onça Puma, pois seu funcionamento, conforme já evidenciado, está causando danos irreversíveis ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e às comunidades indígenas”.

Acrescentam que

[...] a contaminação das águas do Rio Cateté pelas atividades de mineração, sobrevieram casos de malformação de fetos e de deformidades em recém-nascidos. Sem investimentos em instrução e infraestrutura, por meio da imediata implementação de medidas preventivas, mitigadoras e compensatórias, os Xikrins e os Kayapós poderão desaparecer [...] além disso, há o risco concreto de que a contaminação se estenda em relação a outros cursos d’águas [...].

Aduzem haver “uma decisão do STJ, do Ministro Francisco Falcão, que continua em vigor, determinando a paralisação das atividades do empreendimento, o que deixa as comunidades indígenas confusas, diante de tanta insegurança jurídica”.

5. O Ministério Público Federal alega que “a decisão agravada extrapolou os contornos do pedido feito pelo Estado do Pará”, restrita à suspensão da ordem de paralisação, não abrangendo a decisão proferida no agravo de instrumento que determinou o pagamento de quantia pecuniária.

Ressalta que não se trata “de impedir a atividade de exploração mineral em definitivo, mas, tão somente, de impor que sua realização obedeça às condicionantes exigidas no licenciamento prévio do projeto, cujo implemento deveria ter ocorrido antes mesmo de iniciada a operação do empreendimento”.

6. A Vale S/A opôs, ainda, embargos declaratórios contra a decisão agravada, alegando ter havido omissão “quanto à especificidade da obrigação exigível, de forma que a r. decisão seja integrada para constar expressamente que a obrigação que cabe à Vale, sob pena de multa, é a implementação dos Planos Básicos Ambientais (PBA) já aprovados pela Funai, e não de qualquer Plano de Gestão Econômica”.

7. Iniciado o julgamento dos agravos regimentais, em 15/06/2016, após o voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski (presidente), negando provimento aos agravos regimentais, e os votos dos Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli, que os proviam, pediu vista dos autos o Min. Roberto Barroso.

Para o relator os agravantes não teriam apresentado argumentos novos capazes de infirmar sua decisão, mantida por seus próprios fundamentos.

Abrindo a divergência, o Min. Marco Aurélio não vislumbrou os requisitos autorizadores para a suspensão da liminar, pelo que a matéria teria sido suficientemente analisada pela instância originária, no que foi acompanhado pelo Min. Dias Toffoli.

8. De se realçar, diante do que manifestado da tribuna, pelo advogado das comunidades indígenas, que o prazo de cento e vinte dias, determinado pelo Ministro Ricardo Lewandowski na suspensão da liminar, teria

se esgotado sem a implementação do plano de gestão econômica e das demais medidas compensatórias. Esta situação, segundo o relator, prejudicaria os agravos com o restabelecimento da liminar de suspensão das atividades, deferida na origem.

Sobre o descumprimento do prazo para a implementação das medidas ambientais, assim se manifestou o Min. Ricardo Lewandowski, dirigindo-se ao advogado das comunidades indígenas:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR): Vossa Excelência tem que comunicar ao juízo a quo, pois a minha atividade jurisdicional já se encerrou, para que a liminar vigore novamente. Assim, até entendo que nossa discussão está prejudicada porque volta a vigorar, evidentemente, a liminar atacada originalmente" (sessão de julgamento, 15.6.2016, degravação livre).

Também o Ministro Marco Aurélio asseverou o descumprimento prévio de um segundo prazo (inicialmente fixado, na origem), para a tomada de providências protetivas, pela empresa Vale S/A:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Anteriormente já tinha sido assinado um prazo para a efetividade desse plano econômico. Prazo que se exauriu sem as providências" (sessão de julgamento, 15.6.2016, degravação livre).

9. Embora a Vale S/A alegue ter sido impedida de adentrar as terras indígenas para o cumprimento das medidas e estudos ambientais, a questão resvala para o plano fático, a depender de produção probatória de competência da Justiça Federal, exorbitando o alcance da presente suspensão de liminar, cujos efeitos se teriam exaurido no prazo de cento e vinte dias demarcado. Nesse sentido, a palavra do relator, dirigindo-se ao patrono da agravada:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: O prazo de cento e vinte dias por mim delimitado foi exatamente para possibilitar que a Vale do Rio Doce S/A desse seguimento às medidas, pois na medida que as obras fossem paralisadas e a empresa afastada do local, ela não teria condições de retomar essas medidas exigidas judicialmente" (sessão de julgamento, 15.6.2016, degravação livre).

10. A discussão quanto ao descumprimento do prazo para a implementação do plano de gestão econômica e demais medidas compensatórias e à respectiva possibilidade de levantamento dos depósitos judiciais vinculados à Ação Civil Pública 0002383-85.2012.4.01.3905 constitui causa de pedir da Reclamação 25.225, neste Supremo Tribunal, em que a Vale S/A suscita o descumprimento da presente Suspensão de Liminar 933.

11. Por medida de prudência, deferi a liminar (*Dje* 22/09/2016) impedindo o levantamento dos depósitos judiciais até que ultimado o julgamento destes agravos regimentais, cujas análises conduzem ao restabelecimento da decisão judicial que paralisou as atividades da mineradora e autorizou a compensação financeira dos indígenas, considerado o descumprimento do prazo assinado na própria suspensão de segurança.

Como condicionado pelo ministro relator, ao deferir a suspensão, a implementação do plano de gestão econômica e das demais medidas compensatórias para as aludidas comunidades indígenas deveriam ter sido finalizadas em até cento e vinte dias, "sob pena de que, a partir desse prazo, a Companhia Vale do Rio Doce S/A proceda ao depósito mensal de quantia pecuniária, a título de compensação pela ausência da adoção dessas medidas, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por aldeia, a ser revertido às aludidas comunidades". Anote-se que aquela decisão data de 11/12/2015, tendo sido, portanto, há mais de dois anos ultrapassado o prazo imposto na decisão.

12. Originariamente, a suspensão das atividades foi determinada, à luz do conjunto probatório, pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região com fundamento no princípio da precaução, pela ausência de estudos de impacto ambiental suficientemente precisos para o prosseguimento da atividade e indícios de graves danos às comunidades indígenas:

De igual forma, desde que o próprio juízo monocrático reconheceu a efetiva ocorrência dos impactos etno-ambientais decorrentes da implementação do empreendimento descrito no feito de origem, do que resultou, inclusive, além de outros malefícios aos membros das comunidades indígenas atingidas, impecilhos ao seu modo de vida, decorrentes da má qualidade da água do rio Cateté, que servia para pesca e banho, entre outras atividades, afetando, ainda, a fauna utilizada para caça e a própria cultura dos povos indígenas daquela região, conforme se extrai do seguinte trecho da decisão agravada:

"[...]

Ao se analisar os inúmeros e extensos relatórios trazidos pela vale S/A, juntados aos anexos I, II, III, IV, V e VI, verifica-se que, em que pese a existência de metas, indicadores, previsão de custos, análises prévias com cancelamento da FUNAI, não se constata qualquer medida efetiva implementada, com resultados objetivos, referentes ao plano de gestão econômica, para autossustentabilidade das comunidades indígenas, em razão dos impactos ocasionados pelo empreendimento em torno das aldeias, as quais estão sofrendo diretamente os efeitos da atuação empresarial para manutenção de sua sobrevivência.

Outro ponto que vejo como mais proeminente, a ser debruçado nesta análise, surge a partir do relatório trazido pela FUNAI, juntado às fls. 2.026/2.028, acerca da qualidade da água no Rio Cateté no trecho situado no interior da Terra Indígena Xikrin do Cateté, apontando que o projeto incide sobre diversos corpos hídricos que são drenados do rio, os quais, dentre as monitorações de sua água, constatou-se a ocorrência de concentração de metais fora dos limites estabelecidos ainda em 2013. Constatou-se ainda que no ano de 2014 houve um aumento anormal de casos de malformação de recém-nascidos entre as mulheres do povo Xikrin do Cateté, confirmada a ocorrência de seis casos nos últimos 3 anos.

Assim, o perigo da demora vem se intensificando com o decorrer do tempo, através de impactos ocasionados ao meio ambiente e às comunidades indígenas dependentes destes bens naturais. Já a fumaça do bom direito, surge a partir da ausência de comprovação de implementação dos próprios planos advindos dos estudos sociais das comunidades, as quais, neste momento, entendo que devem ser compensadas pelas omissões e efeitos decorrentes da atuação da Vale S/A.

Portanto, atribuir a celeuma à comunidade indígena, no sentido de que o plano de gestão mais específico não fora implementado por ser de sua responsabilização, não se coaduna com o mínimo razoável, ganhando um caráter de verdadeiro desrespeito em relação ao meio ambiente, seja em relação com as aldeias indígenas, até porque o pedido entre a emissão da licença de operação (2008) até o momento, perfaz o total de quase 10 anos, o que antes se falava em dano provável, hoje o dano já se mostra concreto e intensificado em razão da demora de medidas mitigadoras eficazes”.

[...]

A tutela jurisdicional deferida pelo juízo monocrático possui natureza eminentemente precautiva e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravo, manifestada nas letras e na inteligência do art. 273, S 7º, do CPC, de forma a garantir às famílias indígenas descritas nos autos o mínimo necessário à sua subsistência, diante do gravíssimo quadro fático noticiado nos autos, decorrente dos impactos etno-ambientais resultantes da implementação do empreendimento descrito na inicial, aliado ao fato de que, decorridos anos desde então, até o presente momento, não teriam sido implementadas todas as condicionantes para o desenvolvimento da atividade de exploração mineral em referência, concernentes à regularidade da licença ambiental, nem tampouco, a implantação das medidas compensatórias e mitigadoras de tais impactos, no seio das comunidades indígenas atingidas, prestigiando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, afinando-se, ainda, com a orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito deste egrégio Tribunal, no sentido de que “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 dele terio de uma determinada ação sobre o ambiente, tomase 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, 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 W. 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)” e de que “nos termos do art. 231. § 3º, da Constituição Federal. “O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos. A pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”. Em harmonia com o disposto no artigo 6º item 1, alíneas a e b, da Convenção nº 169 - OIT”. (AG 0076857-68.2013.4.01.0000 / MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.388 de 13/06/2014).

Assim posta a questão, não merece reparos, em princípio, a decisão agravada, no ponto em que reconheceu, em caráter precário, o direito postulado no feito de origem, de forma a atenuar, ainda que provisoriamente, os reflexos danosos dos impactos etno-ambientais suportados pelas comunidades indígenas indicadas nestes autos, por se afinar com as garantias constitucionais acima apontadas” (decisão da lavra do Desembargador Souza Prudente no Agravo de Instrumento n. 0042106-84.2015.4.01.0000, objeto da presente Suspensão de Liminar).

Persistindo essa situação fática, reverte-se em favor dos indígenas a tutela constitucional, pelo risco de lesão à ordem, à saúde e à segurança daquelas comunidades e, ainda, à própria ordem econômica que, constitucionalmente definida em sua principiologia, põe o meio ambiente como um dos fundamentos a serem respeitados (Constituição da República, art. 170, inciso VI).

13. Nessa mesma linha, proferi voto no julgamento da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental 101, ressaltando a direta vinculação do princípio da precaução (art. 225, § 1º, incisos I, IV e V) aos conceitos “de necessidade de afastamento de perigo e necessidade de dotar-se de segurança os procedimentos adotados para garantia das gerações futuras, tornando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas”:

Na “Declaração do Rio de Janeiro”, tirada na ECO/92, constam 27 princípios, dentre os quais o Princípio 15, pelo qual se tem que: “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.” O texto com que se expôs aquele princípio demonstra, expressamente, a intenção dos participantes daquela Conferência privilegiar atos de antecipação de riscos de danos, antes do que atos de reparação, porque é sabido que, em se tratando de meio ambiente, nem sempre a reparação é possível ou viável.

Avançou-se, assim, para além do princípio da prevenção. Ensina Paulo Affonso Leme Machado que “Em caso de certeza do dano ambiental este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou incerteza, também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica, expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção”.

O princípio da precaução vincula-se, diretamente, aos conceitos de necessidade de afastamento de perigo e necessidade de dotar-se de segurança os procedimentos adotados para garantia das gerações futuras, tornando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas. Esse princípio torna efetiva a busca constante de proteção da existência humana, seja tanto pela proteção do meio ambiente como pela garantia das condições de respeito à sua saúde e integridade física, considerando-se o indivíduo e a sociedade em sua inteireza.

Daí porque não se faz necessário comprovar risco atual, iminente e comprovado de danos que podem sobrevir pelo desempenho de uma atividade para que se imponha a adoção de medidas de precaução ambiental. Há de se considerar e precaver contra riscos futuros, possíveis, que podem decorrer de desempenhos humanos. Pelo princípio da prevenção, previnem-se contra danos possíveis de serem previstos. Pelo princípio da precaução, previnem-se contra riscos de danos que não se tem certeza que não vão ocorrer.

17.1. Na nova ordem mundial, o que se há de adotar como política pública é o que se faça necessário para antecipar-se aos riscos de danos que se possam causar ao meio ambiente, tanto quanto ao impacto que as ações ou as omissões possam acarretar.

17.2. Nem se há negar a imperiosidade de se assegurar o desenvolvimento econômico. Especialmente em dias como os atuais, nos quais a crise econômica mundial provoca crise social, pelas suas repercussões inegáveis e imediatas na vida das pessoas. Mas ela não se resolve pelo descumprimento de preceitos fundamentais, nem pela desobediência à Constituição.

Afinal, como antes mencionado, não se resolve uma crise econômica com a criação de outra crise, esta gravosa à saúde das pessoas e ao meio ambiente. A fatura econômica não pode ser resgatada com a saúde humana nem com a deterioração ambiental para esta e para futuras gerações.

17.3. Como posto no art. 170, inc. VI, da Constituição brasileira, a ordem econômica constitucionalmente definida em sua principiologia, fixa o meio ambiente como um dos fundamentos a serem respeitados (art. 170, inc. VI). E é do Professor Eros Roberto Grau a lição, segundo a qual:

“Princípio da ordem econômica constitui também a defesa do meio ambiente (art. 170, VI). Trata-se de princípio constitucional impositivo (Canotilho), que cumpre dupla função, qual os anteriormente referidos. Assume, também, assim, a feição de diretriz (Dworkin) – norma objetivo – dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas. Também a esse princípio a Constituição desde logo, especialmente em seu art. 225 e parágrafos – mas também nos seus arts. 5º, LXXIII; 23, VI e VII; 24, VI e VIII; 129, III; 174, § 3º; 200, VIII e 216, V – confere concreção.

A Constituição, destarte, dá vigorosa resposta às correntes que propõem a exploração predatória dos recursos naturais, abroqueladas sobre o argumento, obscurantista, segundo o qual as preocupações com a defesa do meio ambiente envolvem proposta de ‘retorno à barbárie’. O Capítulo VI do seu Título VIII, embora integrado por um só artigo e seus parágrafos – justamente o art. 225 – é bastante avançado. ... O princípio da defesa do meio ambiente conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário – e indispensável – à realização do fim dessa ordem, o de assegurar a todos existência digna. Nutre também, ademais, os ditames da justiça social. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo – diz o art. 225, caput.

O desenvolvimento nacional que cumpre realizar, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, e o pleno emprego que impende assegurar supõem economia auto-sustentada, suficientemente equilibrada para permitir ao homem reencontrar-se consigo próprio, como ser humano e não apenas como um dado ou índice econômico” (A Ordem Econômica na Constituição de 1988. Malheiros: São Paulo, 2007, ps. 250/1).

As medidas impostas nas normas brasileiras, que se alega terem sido descumpridas nas decisões judiciais anotadas no caso em pauta, atendem, rigorosamente, ao princípio da precaução, que a Constituição cuidou de acolher e cumpre a todos o dever de obedecer. E não desacata ou desatende os demais princípios constitucionais da ordem econômica, antes com eles se harmoniza e se entende, porque em sua integridade é que se conforma aquele sistema constitucional” (ADPF n. 101, de minha relatoria, Pleno, Dje 4.6.2012).

Como reafirmado em recente julgamento do Recurso Extraordinário com repercussão geral 627.189, relator o Ministro Dias Toffoli:

O princípio da precaução é um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais” (RE-RG n. 627.189, Relator Ministro Dias Toffoli, Dje 3.4.2017).

14. Pelo exposto, voto pelo provimento dos agravos regimentais para, cassando a liminar, restabelecer a decisão do Tribunal de origem, antes suspensa, com todos os consectários jurídicos nela definidos, prejudicados os embargos declaratórios.

Esclarecimento sem matéria de fato

O Ilmo. Sr. Advogado: — Excelência, por final, um requerimento para que se conste essa questão do art. 537, § 3º, com relação ao levantamento do valor da multa, para que não haja efetivamente uma medida irreversível, como muito bem salientou o excelentíssimo Ministro Fux.

O Exmo. Sr. Min. Dias Toffoli: — Senhora presidente, o eminente advogado trouxe um pleito a respeito do momento da eficácia dessa decisão. Eu gostaria de ouvir os advogados. Não estou aqui pretendendo mudar ou alterar meu voto — ele está dado. Estou bem certo e convicto dele, com a devida vênia dos que dele divergem. Desde que foi dada a suspensão de segurança, como que essa ação ficou? Ela ficou parada? Não andou mais? Seja no Tribunal, seja na primeira instância?

O Ilmo. Sr. Advogado: — Excelência, ministra-presidente do Supremo Tribunal Federal, cumprimento os outros relatores, esse prazo de 120 dias nunca foi cumprido. Esse descumprimento foi evidenciado pela Corte Revisora. E com grande sabedoria todos deixaram claro que o mérito da questão deve ser analisado pelas instâncias ordinárias, tanto pelo juízo de redenção, quanto pelo Tribunal Regional da Primeira Região.

O Exmo. Sr. Min. Dias Toffoli: — Já houve decisão em colegiado?

O Ilmo. Sr. Advogado: — Tem 120 dias. Eles não cumpriram...

A Exma. Sra. Min. Cármen Lúcia: — Nós estamos devolvendo para que haja decisão.

O Ilmo. Sr. Advogado: — Até hoje não houve decisão. É uma verba de natureza alimentar.

O Exmo. Sr. Min. Dias Toffoli: — O que parece que ocorre é que o Tribunal deu a suspensão e tudo ficou parado depois.

A Exma. Sra. Min. Cármen Lúcia: — Quando houve aqui a suspensão, ele parou, exatamente.

O Ilmo. Sr. Advogado: — Em primeira instância, está em fase de perícia, exatamente a perícia que vai apurar.

A Exma. Sra. Min. Cármen Lúcia: — Exatamente, mas no TRF não houve decisão. Nós estamos devolvendo isso.

O Exmo. Sr. Min. Dias Toffoli: — A minha preocupação seria de, eventualmente, analisarmos ou não aqui o pleito de se dar mais algum prazo, independentemente da decisão.

O Ilmo. Sr. Advogado: — E foi requerido ao juiz de primeira instância, excelência.

A Exma. Sra. Min. Cármen Lúcia: — Era uma liminar e a proclamação é neste sentido.

O Exmo. Sr. Min. Marco Aurélio: — Ministro, a jurisdição do Tribunal cessa com o provimento. A ideia é deixar a definição para o juízo e o Tribunal Regional Federal.

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Eu até diria que, a rigor, a minha decisão se esgotou quando o prazo de 120 dias se completou. Essa é a verdade.

A Exma. Sra. Min. Cármen Lúcia: — Foi em 2015.

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Eu estou mantendo o meu voto em homenagem e solidariedade ao eminente Min. Gilmar Mendes, que vem com argumentos muito sólidos agora, em abono a uma tese alternativa, mas eu disse que não me oporia à solução alvitrada pelo eminente Min. Barroso. No momento em que deferi a liminar, tive que sopesar a proteção do meio ambiente de um lado e uma eventual, possível, grave lesão aos interesses econômicos não só do estado, mas também das populações do entorno da mineração de ouro. E concedi 120 dias para regularizar a situação.

O Exmo. Sr. Min. Dias Toffoli: — Ou seja, o que nós estamos decidindo aqui não é determinação de encerramento das atividades. Isso é um problema das instâncias ordinárias. Só para ficar bem claro isso.

A Exma. Sra. Min. Cármen Lúcia: — Nós estamos devolvendo para que eles resolvam isso.

O Exmo. Sr. Min. Dias Toffoli: — É para ficar bem claro isso. Nós não entramos no mérito do funcionamento ou não.

O Exmo. Sr. Min. Gilmar Mendes: — E também é bom ficar claro na observação do Min. Fux que sua excelência diz que esse valor não poderá ser levantado. Mas esse valor está sendo fixado pelo TRF. Se for mantido, a instância de primeiro grau não poderá alterar.

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Parece-me que são um milhão de reais por aldeia.

A Exma. Sra. Min. Cármen Lúcia: — É, por aldeia.

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Quantas aldeias são?

O Ilmo. Sr. Advogado: — Foi requerido, em primeira instância, o ingresso às terras indígenas, e o digníssimo magistrado entendeu por bem indeferir, aguardando a decisão dessa Suprema Corte. Então, na verdade, essa fluência do prazo de 120 dias, a Vale não teve. A Vale não teve o prazo para cumprir a decisão conforme foi proferido aqui, excelências.

O Exmo. Sr. Min. Dias Toffoli: — É, porque se determinou um prazo, mas depois o juiz, o próprio Min. Luiz Fux levantou isso, as tutelas e a determinação inclusive de ordem para que se entre e se cumpram as obrigações.

O Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski: — Ou seja, foi ineficaz a tutela dada pelo Supremo Tribunal Federal.

O Exmo. Sr. Min. Dias Toffoli: — Pois é, porque o que me parece é que as instâncias ordinárias, uma vez dada a suspensão aqui, pararam de exercer a jurisdição. E a suspensão aqui é só suspensão de segurança. O processo tem que ter seu curso normal.

O Ilmo. Sr. Advogado: — Mas foi determinada a suspensão da atividade e o levantamento dos recursos.

A Exma. Sra. Min. Cármen Lúcia: — Isso agora está devolvido ao TRF.

Terceira Turma

Penal e Processual Penal. Apelação. Crime ambiental. Art. 56, caput e § 2º, da Lei 9.605/1998. Transporte e comercialização de minério radioativo sem autorização legal. Torianita. Incidência da causa de aumento de pena quanto a um dos réus. Parcial provimento.

I. O conjunto probatório dos autos indica que o réu Wilson Sicçu do Nascimento possuía ciência do tipo de substância transportada (torianita), mineral composto por tório e urânio, com propriedades radioativas e prejudiciais à saúde humana. Incidência da causa de aumento de pena prevista no § 2º do art. 56 da Lei 9.605/1998.

II. Ausência de provas conclusivas de que o réu José Ribamar Nogueira Soares possuía semelhante domínio acerca da qualidade radioativa do minério apreendido. Tem aplicação o princípio *in dubio pro reo*, fundamentado no princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF).

III. Apelação parcialmente provida.

(Numeração única: 0000107-76.2009.4.01.3100, Apelação Criminal 2009.31.00.000107-1/AP, rel. Des. Federal Ney Bello, unânime, e-DJF1 de 28/06/2017, p. 1.881)

Penal e Processual Penal. Apelação criminal. Crime ambiental. Art. 40, Lei 9.605/1998. Dano a unidade de conservação. Estação ecológica. Recurso do MPF e do réu. Prescrição. Não ocorrência. Inexigibilidade de conduta diversa. Não configurada. Materialidade e autoria comprovadas. Dosimetria da pena. Reconhecimento da agravante do art. 15, III, a, da Lei 9.605/1998. Pena de multa. Ausência de previsão legal. Afastamento. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Art. 44 do CP c/c art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.605/1998. Provimento do recurso do MPF e parcial provimento do recurso do réu.

I. As estações ecológicas possuem o objetivo de preservar a natureza e realizar pesquisas científicas. Trata-se de 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.

II. O dano ambiental implicou a destruição da cobertura florestal de 1.000 ha (mil hectares) de floresta amazônica nativa na zona de amortecimento da Estação Ecológica da Terra do Meio, em desacordo com o regime de preservação aplicável e sem autorização dos órgãos ambientais competentes. Conduta que configura o tipo penal do art. 40 da Lei 9.605/1998, complementado pelo art. 25 da Lei 9.985/2000 e art. 2º, parágrafo único, da Resolução 13/1990 do Conama.

III. A aplicação do art. 110 do CP requer o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. 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. Preliminar rejeitada.

IV. A inexigibilidade de conduta diversa apenas incide diante de comportamento inevitável, como nas hipóteses de coação irresistível ou obediência hierárquica (art. 22 do CP). O desmatamento espontâneo e deliberado de 1.000 hectares (mil hectares) de floresta amazônica nativa, para manutenção de atividade de exploração pecuária em zona de amortecimento de unidade de conservação de proteção integral, em flagrante desacordo com o regime de preservação da área e sem autorização dos órgãos competentes, não está amparado pela excludente de culpabilidade.

V. A obtenção de vantagem pecuniária não é circunstância que constitui ou qualifica o crime tipificado no art. 40 da Lei 9.985/2000. Reconhecimento da incidência para majorar a pena, uma vez que o dano à unidade de conservação foi cometido para exploração econômica da área.

VI. O tipo penal do art. 40 da Lei 9.605/1998 não contém a previsão de pena de multa. Embora repreensível a omissão legislativa, a pena de multa aplicada em primeiro grau deve ser afastada, em observância ao princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, da CF, e art. 1º do CP).

VII. Presentes os requisitos do art. 44 do CP e do art. 7º da Lei 9.605/1998, correta a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem especificadas pelo juízo da execução. Valor da prestação pecuniária fixada em substituição à pena privativa de liberdade que não se afigura desproporcional à gravidade do delito e à situação econômica do réu evidenciada nos autos.

VIII. A suspensão condicional da pena possui aplicação subsidiária, cabendo apenas quando não for possível ou preferível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, nos termos do art. 77, III, do CP. Precedentes.

IX. Apelação do Ministério Público Federal provida e apelação do réu parcialmente provida.

(Numeração única: 0000167-02.2008.4.01.3903, Apelação Criminal 2008.39.03.000167-0/PA, rel. Des. Federal Ney Bello, unânime, e-DJF1 de 07/07/2017, p. 705)

Penal e Processual Penal. Apelação criminal. Crime ambiental. Art. 40 Lei 9.605/1998. Dano a unidade de conservação. Área de proteção ambiental. Terreno de marinha. Manguezal. Preservação permanente. Prescrição da pretensão punitiva e ofensa à coisa julgada. Preliminares rejeitadas. Independência das instâncias cível e criminal. Materialidade e autoria comprovadas. Dosimetria da pena. Proporcionalidade. Manutenção da sentença condenatória. Desprovimento.

I. Improcedência da alegação de prescrição da pretensão punitiva, uma vez que o dano ambiental decorrente da exploração de atividade náutica sem licença ambiental e em prejuízo do equilíbrio ecológico local se protraiu no tempo e não transcorreu o lapso temporal mínimo entre os marcos interruptivos (art. 109, V, do CP c/c art. 117 do CP).

II. Em matéria de responsabilização por dano ambiental, vigora o princípio da independência das instâncias administrativa, cível e criminal, do que decorre tanto a possibilidade de responsabilização concomitante nas distintas searas, quanto a ausência de relação de prejudicialidade do juízo cível sobre o criminal. Princípio com base constitucional no art. 225, § 3º, CF.

III. Não ocorrência de ofensa à coisa julgada material. A sentença proferida em ação civil pública, movida contra pessoa jurídica distinta do réu e posteriormente reformada em segundo grau, não impede a valoração no juízo criminal, igualmente competente para análise da responsabilidade por crime de dano ambiental.

IV. Materialidade e autoria comprovadas. Atividade empresarial com impactos sobre área especialmente protegida, sem licenciamento ambiental, que ocasionou danos à unidade de conservação Área de Proteção Ambiental – APA Lagoas de Guarajuba, explicitados em laudos periciais.

V. Penas fixadas nos patamares mínimos legais, substituídas por uma restritiva de direitos em face da presença das condições objetivas e subjetivas (art. 44 do CP e art. 7º da Lei 9.605/1998). Sanções que não se mostram irrazoáveis ou desproporcionais ao delito perpetrado, revestindo-se de nítido caráter educativo.

VI. Apelação do réu desprovida, mantendo-se a condenação.

(Apelação Criminal 0015094-94.2012.4.01.3300/BA, rel. Des. Federal Ney Bello, unânime, e-DJF1 de 07/07/2017, p. 730)

Processual Penal. Habeas corpus. Lei 9.605/1998, art. 50-A. Crime ambiental. Falta de justa causa. Ausência. Materialidade. Índícios suficientes de autoria. Revolvimento fático-probatório. Via inadequada. Prova pericial. Indeferimento. Desnecessidade. Juiz singular. Proximidade da causa. Princípio pas de nullité sans grief. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Ação penal. Trancamento. Ordem denegada.

I. Para se acolher o pleito de trancamento da ação penal na via do *habeas corpus* é necessário que exsurja, à primeira vista, sem exigência de dilação de provas, a ausência de justa causa para a sua deflagração e/ou continuidade.

II. Nos termos do *caput* do art. 50-A da Lei 11.343/2006, configura-se crime, com pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (anos) anos e multa, a conduta desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente.

III. Tese relativa à negativa de autoria implica revolvimento do quadro fático-probatório, o que não se mostra possível na via do *habeas corpus*, em que basta a constatação da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria uma vez, conforme consta da denúncia.

IV. Compete ao juiz da causa decidir sobre a conveniência e a imprescindibilidade da produção de provas, além daquelas já realizadas nos autos da ação penal, não constituindo cerceamento de defesa o indeferimento de outras consideradas protelatórias e desnecessárias para o deslinde da controvérsia. Precedentes do STF.

V. Na dicção do art. 566 do Código de Processo Penal “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade ou na decisão da causa”.

VI. Consoante o princípio *pás de nullité sans grief*, consubstanciado no art. 563 do Código de Processo Penal, “nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não tiver resultado prejuízo para uma das partes”.

VII. Encontrando-se o magistrado singular mais próximo das provas da causa e da reação do meio ambiente à prática delituosa, mais apto está para aferir a necessidade da oitiva de testemunhas, mormente quando consideradas abonatórias.

VIII. O *habeas corpus* não é a via adequada para questionar sobre o acerto ou desacerto de decisão judicial porquanto exige dilação probatória.

IX. Caso em que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do ilícito previsto no art. 50-A da Lei 9.605/1998 por, em tese, desmatar 291,6109 hectares de floresta nativa do Bioma Amazônia, considerada objeto de especial preservação, sem autorização do órgão ambiental.

X. Inexistência de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Decisão que indeferiu o pedido de realização de perícia técnica no imóvel rural do paciente para comprovar dano ambiental no local. Aplicação do princípio da livre apreciação das provas pelo magistrado.

(*Habeas Corpus* 0065542-38.2016.4.01.0000/PA, rel. Juiz Federal George Ribeiro da Silva (convocado), unânime, e-DJF1 de 21/07/2017, p. 456)

Quarta Turma

Penal. Processual Penal. Recurso em sentido estrito. Denúncia rejeitada. Art. 2º da Lei 8.176/1991. Extração ilegal de areia sem autorização do órgão competente. Crime formal de perigo abstrato. Crime contra o meio ambiente. Impedir ou dificultar regeneração de vegetação natural. Art. 48 da Lei 9.605/1998. Crime permanente. Recurso provido.

I. Recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de Goiás/GO, que rejeitou denúncia oferecida em desfavor do acusado, imputando-lhe a prática do crime descrito nos arts. 2º da Lei 8.176/1991 e 48 da Lei 9.605/1998.

II. O delito tipificado no art. 2º da Lei 8.176/1991 é crime formal que se consuma independentemente da produção de resultado naturalístico e a verificação efetiva do dano constitui mero exaurimento do delito, uma vez que o bem que se objetiva proteger é o patrimônio da União Federal. Sendo assim, a retirada de areia sem autorização do Departamento Nacional de Produção Mineral narrada na denúncia configura o delito de usurpação de matéria-prima da União Federal, nos termos do art. 2º da Lei 8.176/1991. Precedente deste Tribunal.

III. A conduta típica descrita no art. 48 da Lei 9.605/1998 é crime de natureza permanente, pois a sua consumação se prolonga no tempo, até que cesse a ação ou omissão delitiva, sendo, pois, o recebimento da denúncia o marco inicial para a contagem do prazo prescricional do fato narrado na denúncia. Precedente deste Tribunal.

IV. Recurso em sentido estrito provido a que se dá provimento.

(Recurso em Sentido Estrito 0004242-85.2015.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Néviton Guedes, unânime, e-DJF1 de 27/06/2017, p. 724)

Quinta Turma

Administrativo. Ambiental. Ação de conhecimento. Infração ambiental. Destruição da Floresta Amazônica. Veículo aquático (embarcação). Apreensão. Direito de propriedade. Mitigação. Nomeação de fiel depositário. Poder discricionário da Administração.

I. Constatada a infração administrativo-ambiental referente à destruição de floresta amazônica, que se concretizou com a utilização de veículo automotor (embarcação), 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. O exercício do direito de propriedade não é absoluto, submetido que está aos interesses da coletividade (função social), entre os quais o direito de desfrutar de meio ambiente ecologicamente equilibrado, razão pela qual deve sofrer mitigação quando em confronto com os princípios dirigentes do direito ambiental.

III. 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*).

IV. Em direito ambiental aplica-se, também, o princípio da solidariedade, resultando patente a responsabilidade civil, criminal e administrativa de todos os que concorreram para a infração ambiental.

V. Não se afigura razoável 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, na espécie.

VI. 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).

VII. Nos termos do art. 105, *caput*, do Decreto 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 sobre quem assumirá esse encargo, dentre as opções previstas nos incisos I e II do art. 106 do referido ato normativo.

VIII. 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.

IX. Apelação e remessa oficial providas. Sentença reformada.

(Apelação Cível 0001622-40.2009.4.01.3200/AM, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, *e-DJF1* de 19/06/2017, p. 566)

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. Provimento da remessa oficial e da apelação. Sentença reformada. Segurança denegada.

(Apelação em Mandado de Segurança 0007623-51.2009.4.01.3811/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 27/06/2017, p. 822)

Administrativo. Ambiental. Mandado de segurança. Infração ambiental. Extração irregular de madeira (em toras). Veículo automotor (trator). Apreensão. Direito de propriedade. Mitigação. Terceiro de boa-fé. Princípio da solidariedade. Nomeação de fiel depositário. Poder discricionário da Administração.

I. Constatada a infração administrativo-ambiental referente à extração irregular de madeira (em tora), que se concretizou com a utilização de veículo automotor (trator), 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. O exercício do direito de propriedade não é absoluto, submetido que está aos interesses da coletividade (função social), entre os quais o direito de desfrutar de meio ambiente ecologicamente equilibrado, razão pela qual deve sofrer mitigação quando em confronto com os princípios dirigentes do Direito Ambiental.

III. 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*).

IV. Em Direito Ambiental aplica-se, também, o princípio da solidariedade, resultando patente a responsabilidade civil, criminal e administrativa de todos os que concorreram para a infração ambiental, afigurando-se irrelevante a discussão sobre a isenção do patrimônio alegada pelo suposto terceiro de boa-fé.

V. Não se afigura razoável 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, venham a desmerecê-la no cumprimento da legislação pertinente, em clara e perversa sinalização aos agentes infratores para a continuidade da degradação ambiental, na espécie.

VI. 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)”.

VII. Nos termos do art. 105, *caput*, do Decreto 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 sobre quem assumirá esse encargo, dentre as opções previstas nos incisos I e II do art. 106 do referido ato normativo.

VIII. 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.

IX. Apelações e remessa oficial providas, para cassar a segurança impetrada.

Numeração única: 0000067-79.2010.4.01.3902, Apelação/Reexame Necessário 2010.39.02.000029-0/PA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 13/07/2017, p. 301)

Constitucional. Processual Civil, Administrativo e Ambiental. Ação civil pública. Instalação de terminal graneleiro no porto de Santarém (PA). Licenciamento ambiental condicionado à realização de estudo prévio de impacto ambiental. Competência gerencial-executiva, comum e concorrente da União Federal e do Estado do Pará a exigir o EIA/RIMA da empresa empreendedora. Fiscalização conjunta dos agentes do poder de polícia ambiental das entidades federadas competentes. Poder normativo do Conama e de polícia administrativa do Ibama. Inviabilidade de estudo póstumo de impacto ambiental, na espécie, ante a irreversibilidade dos danos ao meio ambiente. Princípios da precaução e da prevenção, na instrumentalidade da tutela processual-cautelar do meio ambiente. Legitimidade passiva da União Federal, do Estado do Pará e do Ibama, por flagrante omissão em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Sentença confirmatória de antecipação de tutela inibitória do risco ambiental, avalizada por acórdão do tribunal revisor (CPC, art. 512), já transitado em julgado, desde os idos de 2003. Efeito somente devolutivo das apelações interpostas, para efetividade da antecipação da tutela mandamental, deferida nos autos, visando proteger o meio ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações.

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 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.

II. 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).

III. Se a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, no Brasil (Lei 6.938, de 31/08/1981), inseriu como objetivos essenciais dessa política pública “a compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” e “a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida” (art. 4º, incisos I e VI), a configurar, no plano fático, o verdadeiro *desenvolvimento sustentável*, deve ser mantida a suspensão do Alvará de Autorização 24/1999, que possibilitava a realização de obras no porto de Santarém (PA), bem assim a expedição de qualquer outro alvará que viabilize outras obras, potencialmente causadoras de degradação do meio ambiente, em face da instalação do referido porto, visível escoador de soja transgênica, na região amazônica, assim exposta ao desmatamento irresponsável e à disfarçada colonização alienígena, até que se realize, às expensas da empresa responsável pelo empreendimento, por *competente equipe multidisciplinar*, o *Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA/RIMA)*, observando-se a regulamentação das Resoluções 1/1986 e 237/1997 – Conama, na dimensão do interesse difuso a ser, ali, protegido. Vencido, parcialmente, no ponto, o relator.

IV. O poder de polícia ambiental, exercido pelo Ibama, tem a finalidade de executar a política de preservação, conservação e uso sustentável dos recursos naturais, visando o planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais, bem assim, a proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas e proteção de áreas ameaçadas de degradação (alteração adversa das características do meio ambiente), como, assim, determinam as Leis 4.771/1965, art. 14, alíneas *a* e *b*, e 6.938/1981, art. 2º, incisos III, IV, VII, IX, e art. 4º, inciso I, buscando, sempre, a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.

V. Versando a controvérsia, como no caso, em torno de suposta emissão irregular de autorização e/ou licença ambiental, expedida, tão somente, pelo órgão ambiental estadual (SECTAM/PA), deve o Ibama integrar a relação processual, na condição de responsável pela ação fiscalizadora decorrente de lei, a fim de coibir abusos e danos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por eventuais beneficiários de licenças emitidas sem a sua participação, na condição de órgão executor da política nacional do meio ambiente, pois é da *competência gerencial-executiva e comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios proteger as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, as paisagens naturais notáveis, os sítios arqueológicos e o meio ambiente e, ainda, preservar as florestas, a fauna e a flora* (CF, art. 23, incisos III, VI e VII).

VI. Se a discussão travada nos autos resulta na colidência de interesses entre o empreendimento questionado e órgãos da União Federal, notadamente em se tratando de temas ambientais, envolvendo área territorial constitucionalmente classificada como patrimônio nacional, afigura-se manifesta a sua legitimidade passiva *ad causam*, ante o objeto da ação, consistente na *preservação do patrimônio nacional*, competindo-lhe, por si e por intermédio dos respectivos órgãos federais regularmente estabelecidos, promover a sua defesa, em face da 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 de *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 futuras gerações (CF, art. 225, *caput*). Preliminar rejeitada, no ponto.

VII. Se as obras de instalação do terminal graneleiro do porto de Santarém (PA) estão dentro dos limites ecológicos da Floresta Amazônica, constitucionalmente classificada como patrimônio nacional (CF, art. 225, § 4º), cuja utilização subordina-se às disposições legais de regência, não de observar sempre as condições que assegurem a preservação do meio ambiente, afigurando-se insuficiente, na espécie, a existência de licenciamento ambiental somente estadual e/ou municipal, posto que, em casos assim, o bem a ser tutelado é o *meio ambiente ecologicamente equilibrado, em dimensão difusa e planetária*, que não dispensa o inafastável estudo prévio de impacto ambiental, sob a fiscalização federal do Ibama, conforme determinam, em casos que tais, os arts. 23, incisos III, VI, VII, e 225, § 1º,

IV, da Constituição Federal, o art. 10 da Lei 6.938/1981 e as Resoluções 1/1986 e 237/1997 – Conama, bem assim, a norma expressa do art. 4º, § 1º, da Lei 8.630/1993, no caso em exame.

VIII. Se, nos termos cogentes da Carta Política Federal, o *estudo de impacto ambiental há de ser prévio e não póstumo*, como assim determinara a sentença recorrida, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, após o seu trânsito em julgado, não se deveria admitir a continuidade do terminal graneleiro, no Porto de Santarém (PA), em manifesta afronta ao acórdão do TRF 1ª Região, já transitado em julgado, há mais de 4 (quatro) anos, suspendendo o Alvará de Autorização 24/1999 para a realização das obras no referido terminal portuário, bem assim, quaisquer outros alvarás, nesse sentido, sem a realização de estudo prévio de impacto ambiental, através de competente equipe multidisciplinar, de acordo com a Resolução 237/97 – Conama. Vencido, no ponto, o relator.

IX. Se a sentença recorrida condenou, indevidamente, o Estado do Pará a realizar o EIA/Rima, na espécie dos autos, há de submeter-se à remessa oficial, tida por interposta, a fim de que o tribunal revisor possa adequá-la aos comandos de seu acórdão mandamental, já transitado em julgado, nos idos de 2003, no qual *ordenou-se à empresa Cargil Agrícola S/A a realização do estudo prévio de impacto ambiental, como condição para o licenciamento das obras do terminal graneleiro no porto de Santarém (PA), o que restou, afrontosamente, descumprido pela referida empresa.*

X. Se o acórdão do TRF 1ª Região, já transitado em julgado, desde o ano de 2003, confirmou a antecipação de tutela, deferida pelo juízo singular, no sentido de impedir a realização de qualquer obra, no aludido porto graneleiro de Santarém (PA), sem a realização do estudo prévio de impacto ambiental (EIA/Rima), não poderia, jamais, a sentença recorrida inibi-lo, em sua eficácia mandamental e plena, ordenando, agora, a realização daquele estudo, *em termos póstumos*, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, após o seu trânsito em julgado, recebendo-se as apelações contra ela interpostas, em ambos os efeitos devolutivo e suspensivo, em frontal violação à norma do art. 520, inciso VII, do CPC, que, no caso em tela, somente admite a apelação em seu efeito devolutivo, visando garantir a eficácia imediata da tutela de urgência, como no caso em exame, já deferida anos atrás, em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações. Rejeitou-se, contudo, a questão de ordem suscitada pelo representante do Ministério Público Federal, no ponto, restando vencido o relator.

XI. Apelação da União Federal e da empresa Cargil Agrícola S/A, bem assim, a remessa oficial, tida por interposta, desprovidas. Apelação do Estado do Pará, parcialmente provida. Agravo regimental e pedido de reconsideração prejudicados.

(Numeração única: 0000162-61.2000.4.01.3902, Apelação Cível 2000.39.02.000141-0/PA, rel. Des. Federal Souza Prudente, maioria, e-DJF1 de 18/10/2007, p. 61)

Sexta Turma

Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Estado de Rondônia. Vedação de abertura da BR 421 pela área do Parque de Guajará-Mirim e áreas circunvizinhas com vestígios de população indígena. Área indígena Karipunas. Configuração de danos ambientais causados pelas obras de construção da Rodovia BR 421. Laudo de constatação emitido pelo Ibama. Continuidade da obra. Vedação. Legalidade. Responsabilização das instituições públicas vinculadas à preservação da área. Possibilidade.

I. Cuidam os autos da Ação Civil Pública 2602-91.1995.4.01.4100/RO, manejada por Ecoporé – Ação Ecológica Vale do Guaporé, associação civil sem fins lucrativos, com a finalidade de impedir alegada reabertura da BR 421 pelo interior do Parque Guajará-Mirim, reserva ecológica situada em Rondônia, e assim proteger de apontado dano ambiental essa área e a Área de Reserva Indígena Karipunas.

II. Demonstrado em auto de constatação técnico realizado pelo Ibama, entre outros elementos de prova, a ocorrência de danos ambientais causados pelas obras de abertura de um trecho da mencionada rodovia BR 421, o mesmo trecho que justificou o provimento da liminar (posteriormente confirmada pela sentença), que determinou a imediata paralisação dessa obra, configura-se legítima a adoção de medida restritiva empregada pela sentença.

III. Não se evidencia legal subtrair dos órgãos técnicos públicos e especializados — notadamente o Ibama — o juízo de conveniência e oportunidade relativo à eventual e futuro projeto de obras de construção de rodovia, no mesmo trecho originalmente destinado à BR 421, ou em outro, que atenda aos pressupostos de preservação ambiental, bem como a direitos sociais vinculados às políticas públicas essenciais, em harmonia, desse modo, com valores constitucionais e legais igualmente relevantes.

IV. Recurso de apelação da Funai conhecido e desprovido, e recurso de apelação do Ibama conhecido, e, em parte, provido, para reformar a sentença, também parcialmente, e determinar que a vedação de construção da BR 421 limita-se ao contexto e aos argumentos articulados na ação civil pública constante dos autos.

(Apelação Cível 0002602-91.1995.4.01.4100/RO, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, *e-DJF1* de 13/06/2017, p. 2.514)

Apelação cível. Ação civil pública. Vazamento de óleo diesel em mar territorial. Abastecimento de navio pela Petrobras. Incompetência absoluta da Justiça Federal. Não ocorrência. Ilegitimidade ad causam MPF. Inexistência. Inépcia. Ausência. Interesse de agir. Existência. Dano. Comprovação. Conduta ilícita e nexa de causalidade. Demonstração. Valor da indenização. Apuração em liquidação. Possibilidade. Sentença mantida.

I. Conforme já decidido pelo c. STJ, a mera atuação do Ministério Público Federal é suficiente para atrair a competência da Justiça Federal para processamento e julgamento de ação, nos termos do que dispõe o art. 109, I, da Constituição Federal. Precedente.

II. Há interesse federal no que diz respeito à exploração, concessão e fiscalização de portos, em razão da existência de monopólio da União (art. 21, XII, *f*, da Constituição Federal) e de competência do mencionado ente federativo para legislar acerca do referido tema (art. 22, X, da Constituição Federal). Logo, ainda que a área em que ocorrido o vazamento possua construções de natureza privada, a zona portuária é de interesse jurídico da União, situação que resguarda a atuação do *Parquet* federal no presente feito. Precedente do STJ.

III. De acordo com o que dispõe o art. 20, VI, da Constituição Federal, o mar territorial é bem pertencente à União. Assim, ocorrido vazamento em águas da zona costeira, integrante do mar territorial, vislumbra-se o direto interesse do ente federativo no deslinde do feito, a atrair a competência da Justiça Federal para seu processamento e julgamento. Preliminar de incompetência absoluta da Justiça Federal rejeitada.

IV. A legitimidade ativa do MPF para ingressar com a presente ação civil pública decorre do disposto no art. 129, III, da Constituição Federal, bem como do art. 6º, VII, *a, b e c* da Lei Complementar 75/1993, vez que existente a finalidade de proteção ao meio ambiente, direito este de natureza também constitucional (art. 225, CF) e difusa. Em reforço a tal previsão legal, há o constante do art. 14, § 1º, parte final, da Lei 6.938/1981, o qual prevê a legitimidade do Ministério Público da União para propor ação visando à responsabilização civil por danos causados ao meio ambiente.

V. Não há que se falar em inaplicabilidade do Decreto 83.540/1979 ao caso em apreço, já que a ação civil pública em discussão tem por finalidade buscar reparação civil ao meio ambiente, mesma finalidade do diploma aludido. Como se não bastasse, o art. 9º do decreto em questão dispõe que ação visando à responsabilidade civil do causador de poluição por óleo deverá ser ajuizada pelo Ministério Público da União, integrado pelo MPF (art. 128, inciso I, *a*, da Constituição Federal). Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada.

VI. Não há que se falar em inépcia da petição inicial quando preenchidos integralmente os requisitos constantes do art. 330, § 1º, do CPC/2015. Preliminar rejeitada.

VII. O interesse de agir, que nada mais é do que a adequação e utilidade do provimento jurisdicional diante da situação narrada, é condição da ação aferível mediante leitura da exordial, adotada a teoria da asserção. Precedentes.

VIII. Pretendendo a parte-autora reparação por dano ambiental, verifica-se a existência de adequação da tutela jurisdicional e sua utilidade prática. Preliminar de inexistência de interesse de agir rejeitada.

IX. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado decorre de previsão constitucional contida no art. 225, *caput*, da Magna Carta, sendo dever do Poder Público e da coletividade sua defesa e preservação para as presentes e futuras gerações.

X. É por tal razão que o § 3º do referido dispositivo constitucional prevê o dever de reparação aos danos causados àqueles que pratiquem condutas lesivas ao meio ambiente. Ainda em respeito a tal disposição, o art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, dispõe ser objetiva a responsabilidade do poluidor, o qual deverá reparar ou indenizar o dano causado ao meio ambiente independentemente da comprovação de dolo ou de culpa em sua conduta.

XI. Portanto, para a configuração da responsabilidade civil por danos ambientais, basta à parte-autora a demonstração de prática de ato ilícito, de efetivo dano e denexo causal entre ambos.

XII. Caso em que restou demonstrada a conduta irregular perpetrada pela Petrobras, ao realizar abastecimento de navio através de válvula desprovida de equipamentos de segurança, ocasionando vazamento de óleo e seu derramamento na zona costeira do Porto de Itaquí, atingindo área aproximada de 50km².

XIII. Havendo certeza do dano causado, consistente na poluição de área marítima, sua extensão e duração dependem de aferição a ser efetivada por liquidação de sentença, para fins de que se estabeleça o *quantum* indenizatório, possibilidade esta consagrada pela lei (art. 509 e seguintes do CPC/2015) e pela jurisprudência. Precedentes.

XIV. Recurso de apelação da Petrobras a que se nega provimento.

(Apelação Cível 0001570-72.2004.4.01.3700/MA, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 21/06/2017, p. 1.580)

Decisões Monocráticas

Agravo de Instrumento 0031583-42.2017.4.01.0000/PA

Relator: Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado)

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Jari Florestal S/A contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Santarém/PA que, nos autos da Ação Civil Pública 0001909-84.2016.4.01.3902, deferiu, parcialmente, o pedido de liminar, para determinar: a) a indisponibilidade de bens da empresa demandada, no valor de R\$ 85.576.869,83, medida a ser cumprida mediante utilização dos sistemas Bacenjud, Renajud e CNIB, ressaltando que a medida não deverá recair sobre verbas de caráter alimentar e sobre bens legalmente impenhoráveis, e 2) a suspensão da participação da ré em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito, bem como a suspensão ou perda de incentivos fiscais a ela concedidos.

Sustenta, preliminarmente, a ilegitimidade do Ibama para propor ação civil pública, ao argumento de que inexistente na lei de organização da referida autarquia autorização legal que autorize a propositura de ação coletiva, não se situando o objeto da demanda no âmbito de atuação deste órgão.

Alega, ainda, a ausência dos requisitos legais para a concessão da tutela de urgência deferida, defendendo a ausência da probabilidade do direito da parte agravada e a irreversibilidade da medida, a qual poderá inviabilizar a atividade da empresa agravante. Assevera que o valor do bloqueio determinado supera, em muito, o faturamento, bem como o valor de mercado da empresa. Alega, ainda, que a indisponibilidade de dinheiro em conta-corrente e/ou aplicações financeiras, bem como a vedação de acesso a linhas de financiamento asfixia o fluxo de caixa, paralisando sua atividade empresarial.

Afirma que a medida adotada pelo juízo *a quo* foi extrema e precipitada, pois não considerou que a agravante é empresa que possui patrimônio suficiente para arcar com eventual condenação, consoante demonstram os balanços patrimoniais e a avaliação de ativos florestais acostados aos autos. Acrescenta que a questão debatida nos autos é complexa e demanda dilação probatória para averiguar a existência de infração administrativa, bem como do dano ambiental a ela associado e sua quantificação. Defende a tese de que há necessidade de realização de perícia oficial para conferir certeza quanto à existência do dano, seu valor, e a forma de seu ressarcimento.

Alega que o valor estipulado a título de equivalente monetário ao dano ambiental a ser indenizado está superestimado, devendo ser considerado que os valores atribuídos por hectare de reflorestamento no Estado do Pará são menores, razão pela qual o valor correspondente ao dano deve ser revisto.

Afirma, ainda, que o dano imputado tem origem em processos que se encontram pendentes de apreciação na esfera administrativa. Sustenta a existência de falhas no procedimento administrativo e defende que a origem da madeira vendida é legal e documentada, tanto que o Ibama autorizou a exportação do produto. Em sua defesa, alega que o erro no preenchimento da guia florestal ou nota fiscal não implica necessariamente origem ilícita da madeira, o que afasta a imputação de dano ambiental.

Por fim, requer, liminarmente, o reconhecimento da ilegitimidade do agravado para propor ação civil pública, buscando ressarcimento por dano ambiental e a concessão de efeito suspensivo ao agravo, para cassar a decisão agravada, determinando o imediato desbloqueio dos bens.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do art. 1.019, I, do Código de Processo Civil em vigor, o relator poderá atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento, suspendendo liminarmente a decisão recorrida, desde que demonstrados o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e a probabilidade de provimento do recurso.

Em análise de cognição perfunctória, entendo não ser cabível a concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, uma vez que não ficou demonstrada a existência de elementos que evidenciem a probabilidade de provimento do recurso.

Inicialmente, cumpre registrar que o Ibama tem legitimidade para propor ação civil pública que vise à reparação de danos ao meio ambiente. De fato, o Ibama é entidade autárquica constituída com a finalidade de executar a Política Nacional do Meio Ambiente (art. 6º, inciso IV, da Lei 6.938/1981), e sua legitimidade para propor ação civil pública de caráter ambiental decorre da regra do art. 5º, inciso IV, da Lei 7.347/1985, incluído pela Lei 11.448/2007.

Nesse sentido, confira-se a decisão monocrática proferida nos autos do Agravo de Instrumento 0009457-95.2017.4.01.0000, da lavra do Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, publicada em 15/05/2017:

[...]

8. A princípio, razão parece assistir ao agravante. 9. A Constituição Federal estabelece em seu art. 23, incisos VI e VII que é da competência comum da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e preservar as florestas, a fauna e a flora. Competência comum significa que a atribuição conferida pelo Constituinte a uma pessoa jurídica de Direito Público não excluiu a atribuição da mesma função por outra. A defesa do meio ambiente concerne a todas as pessoas de Direito Público da Federação de forma não excludente.

10. A Lei 6.938/2010, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente estabelece, em seu art. 6º, inciso IV, estabelece que compete ao Ibama executar essa política e atuar supletivamente no licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras. 11. Por seu turno, a lei da ação civil pública assegura a legitimidade das autarquias para propor esse tipo de ação (art. 5º, IV da Lei n. 7.347/85). Sobre o tema legitimidade ativa do Ibama, confira-se o entendimento desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANOS AO MEIO AMBIENTE. DESMATAMENTO ILEGAL NA FLORESTA AMAZÔNICA. ÁREA DE PROPRIEDADE PARTICULAR. LEGITIMIDADE ATIVA DO Ibama.

1. O Ibama tem legitimidade para propor ação civil pública que visa à reparação de danos ao meio ambiente, quando o desmatamento ilegal e a queima de vegetação nativa tenham atingido a floresta amazônica, embora ocorridos em imóvel rural particular. Caracterizado, no caso, o interesse federal na lide, por se tratar da maior floresta tropical do mundo, declarada patrimônio nacional pela Constituição da República, nos termos do art. 225, § 4º, sendo também objeto de especial proteção por outro preceito normativo específico (Lei 5.173/66, art. 2º), tanto mais em face de sua vulnerabilidade e da rica biodiversidade do ecossistema da região e seu peso no equilíbrio climático global.

2. A preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, é uma exigência imposta ao Poder Público e à coletividade, os quais têm o dever de defendê-lo. Assim é que, embora seja imprescindível conferir efetividade ao desenvolvimento econômico do País, este, contudo, deve ocorrer de maneira sustentável e, por isso mesmo, sem agressão antijurídica ao meio ambiente. Ressalte-se que tal política pública constitui a positivação legislativa da máxima constitucional que prevê a necessidade da preservação ambiental para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, caput).

3. A legitimação ativa do Ibama, portanto, resulta da regra do inciso IV do art. 5º da Lei 7.347/85, incluído pela Lei 11.448/2007, a qual conferiu, expressamente, às autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista atribuição jurídica para ajuizar ação civil pública.

4. Apelação do Ibama e remessa oficial providas para declarar a legitimidade ativa da autarquia federal, determinando o retorno dos autos à Vara de origem, para o seu regular prosseguimento.

(AC 0000774-52.2007.4.01.3902 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.159 de 26/08/2011)

12. Assim, sendo o Ibama entidade autárquica constituída com a finalidade de executar a Política Nacional do Meio Ambiente, conseqüentemente, possui legitimidade para propor ações civis pública de cunho ambiental. Pelo exposto, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal e reconheço a legitimidade do Ibama para ajuizar a ação civil pública ambiental, devendo permanecer no feito de origem.

Narra a agravante que foi autuada pelo Ibama, em razão de suposta comercialização ilegal de madeira em tora e serrada, fornecimento de informações falsas na movimentação de créditos florestais e transporte irregular de produtos florestais, consoante apuração em processo administrativo.

Na ação civil pública ajuizada em desfavor da ora agravante, o Ibama requereu a reparação civil por danos ambientais decorrentes de sete autos de infração lavrados entre 2006 e 2016. Após análise detalhada dos processos administrativos que culminaram na lavratura dos referidos autos de infração, o juízo *a quo* concluiu pela existência de fortes indícios de irregularidades quanto a três dos processos administrativos, todos referentes à inserção de informações falsas em sistema oficial de controle, com irregularidades na movimentação de créditos florestais e apropriação indevida de crédito florestal (fls. 118, 122 e 124).

Consoante as informações técnicas fornecidas pelo Ibama nos processos administrativos correspondentes, a própria empresa demandada teria reconhecido ter realizado a movimentação virtual de créditos florestais nos sistemas de controle florestal, com movimentação da madeira sem que esta efetivamente tivesse se deslocado, procedimento reconhecidamente irregular e que revela indícios de “esquentamento” de madeira obtida irregularmente (fl. 124 e fls. 304-341).

Note-se que a movimentação de madeira e produtos florestais com origem nos Planos de Manejo Florestais Sustentáveis e nas Autorizações de Supressão de Vegetação deve ser controlada mediante sistema informatizado. O sistema de movimentação de madeira (Sisflora – Sistema de Comercialização e Transporte de Produtos Florestais) estabelece que as operações com os créditos de madeira devem corresponder exatamente às movimentações físicas dos produtos florestais. Se há movimentação virtual de créditos florestais sem que tenha havido deslocamento físico da madeira, tal fato pode indicar a existência de irregularidades no transporte, venda ou beneficiamento de madeira.

Observo que a decisão agravada está em consonância com as normas legais aplicáveis ao tema e com a jurisprudência deste Tribunal e do egrégio STJ, conforme se verá adiante.

A obrigação do Poder Público e da coletividade de defender e preservar o meio ambiente decorre de preceito constitucional (art. 225, *caput*, da CF/1988), de sorte que incumbe ao Poder Público a proteção da fauna e da flora, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, sendo exigível estudo prévio de impacto ambiental para atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente (incisos VII e IV do art. 225 da CF/1988). Além disso, a Constituição Federal prevê expressamente que as atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções administrativas e penais, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (§ 3º do art. 225 da CF/1988).

As disposições constitucionais mencionadas impõem a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, como direito difuso e fundamental e bem de uso comum do povo, dando expressão aos princípios da precaução, da prevenção e da reparação integral.

Nesse aspecto, a legislação infraconstitucional, no âmbito da Política Nacional do Meio Ambiente, prevê a imposição, ao poluidor ou predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados (inciso VII, art. 4º da Lei 6.938/1981), sendo certo que o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes causados pela degradação da qualidade ambiental sujeita os transgressores, além das penalidades definidas em legislação federal, estadual e municipal, à multa, perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público, perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito e à suspensão de sua atividade (art. 14 da Lei 6.938/1981). Sem prejuízo dessas penalidades, o poluidor é obrigado a indenizar e reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade, independentemente da existência de culpa (§ 1º do art. 14 da Lei 6.938/1981).

No caso de supressão de vegetação o licenciamento ambiental ocorre mediante aprovação de Plano de Manejo Florestal Sustentável (PMFS) ou expedição de Autorização de Supressão Vegetal (ASV).

Note-se que a movimentação de madeira e produtos florestais com origem nos Planos de Manejo Florestais Sustentáveis e nas Autorizações de Supressão de Vegetação deve ser controlada mediante sistema informatizado. O sistema de movimentação de madeira (Sisflora – Sistema de Comercialização e Transporte de Produtos Florestais) estabelece que as operações com os créditos de madeira devem corresponder exatamente às movimentações físicas dos produtos florestais. Se há movimentação virtual de créditos florestais sem que tenha havido deslocamento físico da madeira, tal fato pode indicar a existência de irregularidades no transporte, venda ou beneficiamento de madeira.

A restrição ao acesso às linhas de crédito oficiais e aos benefícios fiscais ao infrator ambiental são sanções administrativas punitivas previstas expressamente em lei (incisos III e IV do § 8º do art. 72 da Lei 9.605/1998 e incisos II e III do art. 14 da Lei 6.938/1981) e sua aplicação encontra amparo na jurisprudência deste Tribunal. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: AG 0018171-20.2012.4.01.0000/MT, rel. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada), Sexta Turma, *e-DJF1* 12/02/2014, p. 339, e AC 0002835-36.2009.4.01.3603/MT, rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, *e-DFJ1*, p. 570, de 07/12/2012.

Por outro lado, no que tange à indisponibilidade de bens, melhor sorte não assiste à agravada. Isso porque esta Corte já firmou o entendimento no sentido de que a indisponibilidade de bens, em caráter preventivo, assegura a

efetividade da prestação jurisdicional e é cabível para garantir a efetividade de futuro provimento jurisdicional em caso de condenação por dano ambiental.

Nesse sentido, confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AMBIENTAL. Ibama. INDISPONIBILIDADE DE BENS. CABIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.

I - A agravante não trouxe aos autos elementos capazes de afastar os fundamentos da decisão recorrida no sentido de que estaria adotando medidas com a intenção de frustrar o cumprimento de eventual sentença condenatória.

II - A indisponibilidade de bens do réu, em caráter preventivo, para assegurar a recuperação da área degradada, é medida que se impõe, considerando tratar-se de matéria ambiental. (precedentes).

III - Alegações outras, de haver outro feito de seqüestro dos mesmos bens com pleito deferido, de não ser caso para descon sideração da personalidade jurídica e da falta de laudo pericial, não se examinam, por não terem sido submetidas ao crivo do juízo de primeiro grau.

IV - Ademais, o alegado seqüestro se reporta a um feito criminal, extinto com decisão anulatória do recebimento da respectiva denúncia.

V - Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(AG 0073932-07.2010.4.01.0000 / MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.12 de 21/07/2014)

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. GARANTIA À CONDENAÇÃO PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

- Na espécie, a controvérsia gira em torno da garantia por meio da medida de indisponibilidade dos bens do requerido, em virtude do pedido de condenação ao pagamento de indenização por danos ambientais materiais e dano moral coletivo, declinado nos autos principais, com fundamento em alegada atividade ilícita por ele desenvolvida, consistente na venda de créditos florestais fictícios para fins de regularização de madeira ilegalmente extraída. Ocorre que, nesta mesma assentada, a sentença de procedência parcial do pedido principal foi mantida pelo julgamento das apelações interpostas pelo Ministério Público Federal e pelo Ibama. Com efeito, considerando-se que houve a manutenção da sentença monocrática, que condenou o promovido ao pagamento de indenização por danos morais, merece ser mantida a indisponibilidade dos bens daquele para fins de garantia do adimplemento da obrigação imposta.

II - Apelação do MPF desprovida. Sentença confirmada.

(AC 0010632-79.2008.4.01.3900 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL GLÁUCIO FERREIRA MACIEL GONÇALVES (CONV.), QUINTA TURMA, e-DJF1 de 10/02/2017)

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEGRADAÇÃO AMBIENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. TUTELA CAUTELAR INIBITÓRIA (DESOCUPAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA, SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES AGRESSORAS AO MEIO AMBIENTE E INDISPONIBILIDADE DE BENS). PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO.

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).

II - Nessa perspectiva, 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 conseqüente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada), impondo-se, na espécie, a adoção das medidas de preventivas postuladas (desocupação da área degradada, suspensão das atividades agressoras ao meio ambiente e indisponibilidade de bens), a fim de evitar danos maiores e irreversíveis à área de preservação permanente objeto da demanda. Precedentes.

III - Agravo de instrumento provido. Decisão recorrida reformada.

(AG 0050002-91.2009.4.01.0000 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 de 02/03/2016)

A plausibilidade do direito invocado pelo Ibama pode ser extraída dos processos administrativos e das informações técnicas colacionadas aos autos, indicando irregularidades na movimentação virtual de créditos florestais, havendo sérios indícios de “esquentamento” de madeira obtida irregularmente (fl. 124 e fls. 304-341).

Impende registrar que a indisponibilidade de bens não é indicada apenas nos casos em que existam sinais de dilapidação dos bens que seriam usados para pagamento de futura indenização, mas também quando, a critério do julgador, ficarem evidenciadas circunstâncias que demonstrem a possibilidade de que os bens do infrator sejam desviados.

Nesse sentido, confira-se o entendimento firmado no egrégio STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DANO AMBIENTAL. INDISPONIBILIDADE DE BENS. COMPROVAÇÃO DE EFETIVA DILAPIDAÇÃO PATRIMONIAL. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.

1. Na origem, o Ibama interpôs Agravo de Instrumento contra decisão de primeira instância que indeferiu o pedido para que fosse decretada a indisponibilidade de bens de réus em Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa decorrente de danos causados ao meio ambiente e à Administração Pública. O recurso foi desprovido pelo TRF1, que entendeu estar aquela medida restritiva condicionada à demonstração de efetivo periculum in mora.

2. De acordo com a inicial (fl. 29/e-STJ): “O réu lavrou termos de embargo sem possuir competência para tanto, expediu notificações e firmou termo de inspeção sem que tivesse comparecido no local falsamente inspecionado e, ainda, no período de 05/03/2002 a 20/05/2002- apreendeu: 325 pássaros da fauna silvestre que estavam em cativeiro com diversos infratores e, a despeito disso, não lavrou um único Auto de Infração sequer, o que demonstra total afronta aos princípios que regem a Administração Pública Ambiental. Isso sem se referir ao indicativo de extorsão promovido pelo réu em relação ao Sr. John Daniel Carrol para deixar de lavar Auto de Infração por desmatamento ilegal. Estes e outros atos ímprobos perpetrados pelo réu estão minudentemente tratados, no relatório final do Processo Administrativo Disciplinar 02058.000088/2006-23 (...)”.

3. A Primeira Seção do STJ (REsp 1.319.515/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Min. Mauro Campbell Marques, DJe 21.9.2012) firmou a orientação de que a decretação de indisponibilidade de bens não se condiciona à comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio, porquanto tal medida consiste em “tutela de evidência, uma vez que o periculum in mora não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade.” 4. Tal matéria foi sedimentada no mesmo sentido acima sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/1973) no REsp 1.366.721/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 19.9.2014.

5. Recurso Especial provido.

(REsp 1391575/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 14/10/2016) (grifei)

Conforme visto, diante da plausibilidade do direito invocado pela parte agravada no feito originário, consoante a dimensão do dano ambiental causado e diante do caráter preventivo da medida, afigura-se cabível a adoção da indisponibilidade de bens da agravante, para assegurar futuro ressarcimento do dano, limitada ao montante de dano indicado nos autos do feito originário.

Contrariamente ao que alega a agravante, as restrições impostas não se mostram extremas ou excessivamente onerosas, uma vez que o juízo *a quo* fez a ressalva de que estariam excluídos da indisponibilidade os bens legalmente impenhoráveis e as verbas de caráter alimentar, além de ter indeferido o pedido de liminar quanto à indisponibilidade dos bens dos diretores da empresa Jari Florestal S/A.

Ademais, as restrições de acesso às linhas de crédito oficiais referem-se apenas aos órgãos oficiais, podendo ainda a agravante dispor das linhas de crédito oferecidas pelos estabelecimentos financeiros particulares.

Por outro lado, observo que a parte agravante sequer indicou bens que pudessem garantir o ressarcimento do dano, em substituição à indisponibilidade de bens, limitando-se a impugnar o cabimento das medidas restritivas adotadas pelo juízo *a quo*.

Diante dos fundamentos acima expostos, entendo cabível a decretação da medida de indisponibilidade de bens, bem como a restrição ao acesso às linhas de crédito oficiais e aos benefícios fiscais, razão pela qual não merece reparos a decisão agravada.

Assim, não vislumbro, em exame preliminar, a existência dos requisitos necessários à concessão do efeito suspensivo ao recurso.

Em face do exposto, *indefiro* o pedido de efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

(Agravo de Instrumento 0031583-42.2017.4.01.0000/PA, rel. Juiz Federal Roberto Carlos de Oliveira (convocado), e-DJF1 de 25/07/2017, p. 328)

Agravo de Instrumento 0027560-53.2017.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

A decisão objeto do presente recurso foi por mim examinada nos autos do Agravo de Instrumento 0023592-15.2017.4.01.0000/AM, onde proferi a seguinte decisão:

Amazonas Distribuidora de Energia S/A manifesta agravo de instrumento por meio do qual pede a reforma de r. decisão do Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas que, em ação civil pública a ela proposta pelo ora agravado, tendo por litisconsortes Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. e o Estado do Amazonas, antecipou os efeitos da tutela requerida, nos seguintes termos:

“Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra Amazonas Distribuidora de Energia S/A, Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A e Estado do Amazonas, por meio da qual se discute danos causados ao patrimônio arqueológico.

O MPF requereu, em tutela de urgência, após a oitiva dos requeridos, que Amazonas Distribuidora de Energia S/A e Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A, solidariamente, apresentem planos de ações emergenciais para evitar a ruína e o desabamento do prédio do Centro de Proteção Ambiental de Balbina – CPAB, bem como para impedir o perecimento do acervo arqueológico.

Realizada audiência de conciliação (fls. 59/59-v e fls. 76/76-v), as partes requeridas informaram não possuir interesse na realização de acordo.

O Estado do Amazonas apresentou contestação às fls. 62/75, ocasião na qual arguiu sua ilegitimidade passiva; requereu o chamamento ao processo da União; e afirmou que as concessionárias possuem capacidade econômica para arcarem com os custos resultantes da recuperação do prédio, motivo pelo qual não deveria figurar como responsável subsidiário.

A requerida Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte contestou às fls. 78/87, arguindo ilegitimidade passiva e, no mérito, a ausência denexo de causalidade e de conduta danosa. Juntou os documentos de fls. 88/111.

A Amazonas Distribuidora de Energia S/A apresentou sua contestação às fls. 113/147, ocasião na qual requereu a substituição processual para a empresa Amazonas Geração e Transmissão de Energia S/A, empresas ligadas ao mesmo grupo Eletrobrás; arguiu impossibilidade jurídica dos pedidos mandamentais e de indenização por danos de natureza extrapatrimonial; e inépcia da inicial. No mérito, afirmou que o CPAB foi desativado em 2006 em razão das condições da edificação; que o custo para manutenção/conservação é excessivamente elevado, cerca de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais); que o tombamento do bem se deu quando seu estado já estava deteriorado pelo tempo e pelas ações de vândalos; a impossibilidade de inversão do ônus da prova; e a não condenação em honorários de sucumbência ao MPF.

Réplica ministerial às fls. 152/159-v.

É o relatório. DECIDO.

1. O Estado do Amazonas arguiu ilegitimidade passiva por entender que não pode ser responsável subsidiário pela recuperação do CPAB, bem tombado pela Assembleia Legislativa. Independente de tal alegação, o art. 23, III e IV, da CF dispõe que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, bem como impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural. Logo, o Estado do Amazonas é parte legítima para figurar no polo passivo da presente demanda, motivo pelo qual REJEITO a preliminar de ilegitimidade passiva. Ressalto que matéria afeta à procedência ou não dos pedidos, em relação ao ente, confunde-se com o próprio mérito, a ser analisado regularmente em sentença.

2. A Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte também arguiu ilegitimidade em razão de não ser a responsável pelo CPAB desde 1998, quando teria firmado com a empresa então denominada de Manaus Energia S/A o Termo de Compromisso de Assunção de Direitos e Obrigações (fls. 95/107). É cediço que a responsabilidade em matéria ambiental é objetiva e solidária. O CPAB foi construído no final dos anos 80 e, pelo menos até 1998, a responsabilidade pela sua manutenção e conservação era da Eletronorte. A suposta ilegitimidade passiva da empresa concessionária, na verdade, confunde-se com o mérito da causa, que será analisado por ocasião da sentença, razão pela qual REJEITO a preliminar arguida.

3. A Amazonas Distribuidora de Energia S/A arguiu impossibilidade jurídica dos pedidos mandamentais e de indenização por danos de natureza extrapatrimonial. A impossibilidade jurídica do pedido somente se verificaria se o autor postulasse algo proibido pelo ordenamento jurídico, sendo certo, ademais, que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXV, prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (AC 0014617-62.2012.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, e-DJF1 de 07/03/2016). A pretensão ministerial não é juridicamente impossível, uma vez que não existe vedação na ordem jurídica aos pedidos formulados na inicial; demais disso, rememore-se que o CPC vigente extinguiu a categoria das anteriormente chamadas condições da ação, apenas prevendo interesse e legitimidade enquanto pressupostos processuais (art. 17), ao passo que a matéria relativa à possibilidade jurídica ficou relegada à análise meritória, motivos pelos quais a preliminar deve ser REJEITADA.

4. Quanto à inépcia da inicial, arguida pela Amazonas Distribuidora de Energia S/A, de igual modo deve ser rejeitada. Como sabido, é pacífico na doutrina e principalmente em repetidos julgados dos Tribunais que, ao autor incumbe expor o fato, sendo atribuição do julgador aplicar o direito ao caso concreto. Nessa esteira, evidencia-se que, na inicial, constam precisamente os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, que constituem a causa de pedir, donde se depreende perfeitamente compreensível a pretensão esposada pelo MPF, qual seja, a apresentação de dois planos de ação, sendo o primeiro para a recuperação e restauração definitiva do prédio do CPAB, e o outro para a conservação adequada do seu acervo arqueológico. Acerca da cumulatividade dos pedidos formulados na inicial, essa questão diz respeito ao mérito, que será analisado por ocasião da sentença. Desse modo, REJEITO a preliminar de inépcia da inicial.

5. O Estado do Amazonas (fls. 67/70) requereu o chamamento ao processo da União em razão de competir a ela explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos (art. 21, XII, “b”, CF). O dispositivo legal dispõe:

Art. 130. É admissível o chamamento ao processo, requerido pelo réu:

[...]

III – dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum.

O chamamento ao processo é forma de intervenção de terceiro, provocada pelo réu, conforme se observa dos incisos do artigo supracitado. Nos ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior, “chamamento ao processo é o incidente pelo qual o devedor demandado chama para integrar o mesmo processo os coobrigados pela dívida, de modo a fazê-los também responsáveis pelo resultado do feito (art. 77). Com essa providência, o réu obtém sentença que pode ser executada contra o devedor principal ou os codevedores, se tiver de pagar o débito” (Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 173).

Para Celso Agrícola Barbi a finalidade do instituto é “favorecer o devedor que está sendo acionado, porque amplia a demanda, para permitir a condenação também dos demais devedores, além de lhe fornecer, no mesmo processo, título executivo judicial para cobrar deles aquilo que pagar” (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, v. I, t. II, n. 434, p. 359).

Segundo Humberto Theodoro Júnior, “no chamamento ao processo, o réu da ação primitiva convoca para a disputa judicial pessoa que, nos termos do art. 77, tem, juntamente com ele, uma obrigação perante o autor da demanda principal, seja como fiador, seja como coobrigado solidário pela dívida aforada. Vale dizer que só se chama ao processo quem, pelo direito material, tenha um nexo obrigacional com o autor”. E continua ao afirmar que “não se pode chamar ao processo, então, quem não tenha obrigação alguma perante o autor da ação primitiva (adversário daquele que promove o chamamento). Para a aplicação desse tipo de procedimento intervencional, há de, necessariamente, estabelecer-se um litisconsórcio passivo entre o promovente do chamamento e o chamado, diante da posição processual ativa daquele que instaurou o processo primitivo. Isto, contudo, não exclui a possibilidade de uma sentença final, ou de um saneador, que venha a tratar diferentemente os litisconsortes, ou seja, persiste a possibilidade de uma decisão que exclua o chamado ao processo da responsabilidade solidária no caso concreto e que, por isso, condene apenas o réu de início citado pelo autor” (Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 174) (g.n).

Consoante Ieciona Nelson Nery Júnior, nas ações civis públicas que discutam responsabilidade objetiva do réu, é vedada a utilização da denúncia da lide e do chamamento ao processo (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 378).

Sobre o tema, transcrevo julgado do TRF4, verbis:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE PELOS DANOS AMBIENTAIS CAUSADOS EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE SITUADA NA NASCENTE DO RIBEIRÃO TRÊS BOCAS. DESPEJO DE LIXO INDUSTRIAL E DE ARBORIZAÇÃO URBANA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO DE ARAPONGAS. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CHAMAMENTO AO PROCESSO. CONDENAÇÃO À OBRIGAÇÃO DE FAZER. CUMULAÇÃO COM O PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MULTA DIÁRIA. O poder público municipal é parte legítima para responder pelos danos ambientais causados por ele indiretamente (art. 225, § 3º, da CF/88, que recepcionou os artigos 3º, IV, e 14, § 1º, da lei n.º 6.938/81). Responsabilidade que decorre tanto da obrigação de destinar de forma ambientalmente adequada os resíduos sólidos produzidos dentro do Município, quanto do dever de fiscalizar as atividades poluidoras realizadas por terceiros. O pedido é juridicamente possível tendo em vista que, além das medidas protetivas e preservativas (§ 1º, incisos I a VII, do artigo 225), a Constituição Federal prevê a possibilidade de responsabilização dos causadores de dano ao meio ambiente tanto na esfera penal, quanto nas esferas administrativa e civil (§ 3º, do referido artigo). Incabível o chamamento ao processo dos demais responsáveis, pois estabelecida a solidariedade passiva, configurando-se o litisconsórcio facultativo e não necessário. Verificado nos autos que as providências adotadas pelo Município não atenderam às recomendações feitas pelo IBAMA visando à recuperação da área utilizada como depósito de resíduo sólido urbano na nascente do Ribeirão Três Bocas, deve ser mantida a condenação à obrigação de fazer. Ausente o interesse de agir do Município em impugnar a obrigação específica de retirar o total dos resíduos depositados porque esta medida não foi determinada na sentença. A sentença elencou as ações necessárias para cumprimento da obrigação de fazer tal qual estavam descritas no parecer técnico do IBAMA, que, por sua vez, considerou como não recomendável a retirada dos cerca de 150.000 m³ de resíduos aterrados no local. A cumulação da obrigação de fazer com o pagamento de indenização é possível por força do art. 3º da Lei n.º 7.347/85, que estabelece que a responsabilização pelos danos causados ao meio ambiente pode ocorrer por meio de condenação à obrigação de fazer ou não fazer ou ao pagamento de indenização. Hipótese em que a condenação ao pagamento de indenização se justifica na ocorrência de dano ambiental que se perpetuou por pelo menos 13 anos, de contaminação do Ribeirão Três Bocas, sendo que hoje as medidas adotadas visam à minimização do dano, pois não é mais recomendável a retirada de todos os resíduos do local. Razoável e proporcional o valor fixado na sentença a título de indenização (R\$ 25.000,00) considerando que não há parâmetro objetivo que determine a quantificação desses danos, que não foram ocasionados diretamente pelo Município e que a obrigação específica, por si só, representa um custo considerável para a municipalidade, que conta com recursos limitados. A fixação de multa para o caso de descumprimento da obrigação encontra amparo no art. 461, §5º, do Código de Processo Civil e tem pertinência devido à resistência do réu em atender às determinações judiciais impostas em decisão liminar. Sentença mantida. (APELREEX 50026270320114047001, Candido Alfredo Silva Leal Junior, TRF4-Quarta Turma, D.E. 05/06/2014). (g.n).

No caso dos autos, nada obstante ser a responsabilidade ambiental objetiva e solidária, em se tratando de litisconsórcio facultativo, a ação civil pública pode ser proposta contra todos os responsáveis diretos e indiretos pelos danos causados ou apenas contra algum ou alguns deles.

Ademais, caso queiram, os requeridos poderão propor ação de regresso contra quem entendam responsável, na eventual procedência dos pedidos, em razão de eventual contrato administrativo no qual esteja consignada a obrigação discutida nestes autos, circunstância esta ainda não evidenciada pelo acervo probatório colacionado.

O MPF (fls. 152/159-v) manifestou desinteresse no ingresso da União, nos termos do art. 338 do NCPC.

Por essas razões, INDEFIRO o pedido de chamamento ao processo da União.

6. Acerca da substituição processual alegada pela Amazonas Distribuidora de Energia S/A, esta argumentou que “em atendimento ao artigo 4º, §§ 5º e 7º da Lei Federal n. 9.074, de 7 de julho de 1995, alterada pela Lei Federal n. 10.848, de 15 de março de 2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, as concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica que atuam no Sistema Interligado Nacional – SIN não podem mais desenvolver as atividades de geração de energia elétrica e de transmissão de energia elétrica”.

Afirmou que “de acordo com a nova legislação, as concessionárias e as autorizadas de geração de energia elétrica que atuavam no Sistema Interligado Nacional – SIN não poderiam ser coligadas ou controladoras de sociedades que desenvolvessem atividades de distribuição de energia elétrica no SIN”. Acrescentou que “por meio da Resolução Autorizativa n. 4.244, de 16 de julho de 2013, a ANEEL determinou a segregação das atividades de geração e transmissão das atividades de distribuição de energia, feitas até então pela AMAZONAS DISTRIBUIDORA DE ENERGIA passando-as para a competência da AMAZONAS GERAÇÃO E TRANSMISSÃO DE ENERGIA”.

Em razão do exposto, informou que no dia 04.04.2013, por meio de Assembleia Geral Extraordinária da Amazonas Distribuidora de Energia S/A foi aprovada a criação da empresa Amazonas Geração e Transmissão de Energia S/A – Amazonas GT, iniciando suas operações no dia 01.07.2015, como empresa subsidiária da Amazonas Distribuidora de Energia S/A.

Ressaltou que “conforme o disposto no artigo 3º da Resolução Autorizativa n. 4.244, de 16 de julho de 2013, a AMAZONAS GERAÇÃO E TRANSMISSÃO DE ENERGIA S/A passou a ser a responsável pela Usina Hidrelétrica – UHE Balbina, bem como de todos os assuntos relacionados a ela, inclusive, está sob sua tutela o CPAB – Centro de Proteção Ambiental de Balbina e o acervo arqueológico da usina hidrelétrica de Balbina, objetos da presente ação civil pública”.

O MPF, nos termos do art. 339, § 2º do NCPC, pleiteou a inclusão, no polo passivo, da empresa AMAZONAS GERAÇÃO E TRANSMISSÃO DE ENERGIA S/A, em razão da responsabilidade solidária em matéria ambiental.

Apesar dos argumentos lançados pela empresa Amazonas Distribuidora de Energia S/A para afastar sua responsabilidade ambiental, indicando a empresa Amazonas Geração e Transmissão de Energia S/A como sendo a responsável pelo dano, é sabido que, em matéria ambiental a responsabilidade é solidária, motivo pelo qual DEFIRO a inclusão da referida empresa no polo passivo da relação processual.

Com base no exposto, determino a CITAÇÃO da sociedade AMAZONAS GERAÇÃO E TRANSMISSÃO DE ENERGIA S/A para a formalização da relação processual, oportunizando a apresentação de resposta nos autos.

7. A presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor é causa, por si só, de inversão do ônus da prova, passando para o réu o ônus de fazer contraprova dos fatos aduzidos da inicial. Além disso, a redistribuição judicial do ônus da prova consiste na possibilidade de o magistrado excepcionar a regra de distribuição prevista no art. 373 do CPC/15, diante das peculiaridades do caso concreto, impondo a outra parte o ônus probatório de contrapor os fatos da inicial.

Nas ações que tutelam o meio ambiente, aquele que cria ou assume o risco do dano ambiental tem o dever de repará-lo e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva (trata-se de regra especial de divisão do ônus probatório).

A razão da inversão, em matéria ambiental, se sustenta na incerteza (por falta de provas cientificamente relevantes) sobre o efeito ambiental negativo decorrente de determinada atividade, uma vez que o princípio da precaução estabelece o benefício da dúvida em prol do meio ambiente, de maneira que a doutrina e a jurisprudência sustentam a possibilidade de “inversão” do ônus da prova, carregando ao requerido (suposto poluidor) a obrigação de provar que: a) não concorreu para a prática de um ilícito; b) não concorreu para a ocorrência de um dano ambiental; ou c) mesmo que existente um dano advindo de atividade poluidora, este estaria adstrito aos limites legalmente admitidos.

Ademais, a chamada inversão do ônus da prova (ou regra especial de divisão) ocorre em benefício da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou, no mínimo, compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente (art. 6º, VIII, do CDC c/c o art. 21 da Lei nº 7.347/85).

O assunto encontra-se pacificado no Superior Tribunal de Justiça, que já se manifestou enfatizando que “o princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva” (Resp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 14.12.2009). No mesmo sentido:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AMBIENTAIS. ADIANTAMENTO DE DESPESAS PERICIAIS. ART. 18 DA LEI 7.347/1985. ENCARGO DEVIDO À FAZENDA PÚBLICA. DISPOSITIVOS DO CPC. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. 1. Segundo jurisprudência firmada pela Primeira Seção, descabe o adiantamento dos honorários periciais pelo autor da ação civil pública, conforme disciplina o art. 18 da Lei 7.347/1985, sendo que o encargo financeiro para a realização da prova pericial deve recair sobre a Fazenda Pública a que o Ministério Público estiver vinculado, por meio da aplicação analógica da Súmula 232/STJ. 2. Diante da disposição específica na Lei das Ações Cíveis Públicas (art. 18 da Lei 7.347/1985), afasta-se aparente conflito de normas com os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o tema, por aplicação do princípio da especialidade. 3. Em ação ambiental, impõe-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao empreendedor, no caso concreto o próprio Estado, responder pelo potencial perigo que causa ao meio ambiente, em respeito ao princípio da precaução. Precedentes. 4. Recurso especial não provido” (REsp 1237893/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013). (g.n).

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA. REDUÇÃO DA PRODUÇÃO PESQUEIRA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO CABIMENTO. DISSÍDIO NOTÓRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO INCONTESTE. NEXO CAUSAL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. PRECEDENTES. (...) 3. A Lei nº 6.938/81 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, que foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante, na espécie, a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de reparação do dano causado, que, no caso, é inconteste. 4. O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, aos pescadores da região. 5. Agravo regimental provido para, conhecendo do agravo, dar provimento ao recurso especial a fim de determinar o retorno dos autos à origem para que, promovendo-se a inversão do ônus da prova, proceda-se a novo julgamento (AgRg no AREsp 206.748/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 27/02/2013). (g.n).

A interpretação do art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei n. 7.347/1985, conjugado ao princípio da precaução, autoriza a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento ou mesmo a sua mínima ofensividade.

Destaque-se que as pessoas físicas e jurídicas devem assumir o ônus técnico de demonstrar a licitude e regularidade de suas atividades empreendedoras potencialmente poluidoras.

A inicial narrou que os requeridos não efetuaram as manutenções necessárias a fim de preservar o CPAB e o acervo arqueológico nele armazenado.

Assim, compete aos requeridos demonstrar que a degradação foi provocada por terceiro, ou que tenha atuado dentro dos limites legais, ou que inexistente responsabilidade objetiva a ser atribuída a ele(s), mediante apresentação de documentação técnica, relatórios ou quaisquer outros meios de prova admitidos pelo ordenamento jurídico.

Em síntese, pelas razões acima expostas, compete aos requeridos demonstrar ter pautado suas ações nos limites de conformidade legal, ou mesmo demonstrar ausência de dano, nexos causal e outras circunstâncias capazes de eximi-los de responsabilidade.

Por tais razões, a inversão do ônus da prova é medida que se impõe.

8. Quanto à análise do pedido de tutela de urgência, nos termos do art. 300 do NCPC, para a sua concessão são exigidos elementos que evidenciem a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*). Há, ainda, um requisito negativo, segundo o qual a tutela antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, § 3º, NCPC).

A antecipação dos efeitos da tutela tem por função a imediata realização do direito, nos casos em que o transcurso do lapso entre o ajuizamento da demanda e a prolação da sentença final possa colocar em risco ou mesmo comprometer a própria realização do direito material discutido.

Como o tempo necessário para obtenção da tutela definitiva pode colocar em risco a tutela pretendida, trata-se de instituto importante da técnica processual cuja principal finalidade é minimizar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela), consoante a lição de Luiz Guilherme Marinoni.

O MPF alegou que o Centro de Proteção Ambiental de Balbina – CPAB estaria com sua estrutura comprometida em razão da ausência de manutenção e conservação adequadas, bem como informou o acondicionamento inadequado dos vestígios arqueológicos nele armazenados.

As imagens do CPAB, acostadas aos autos, demonstram a precária situação do imóvel, desocupado em 2008, com partes de sua estrutura desabadas. O material arqueológico que nele se encontrava foi transferido para uma das casas situada na Vila de Balbina. A casa que recebeu os vestígios arqueológicos passou a se chamar “Museu de Balbina”.

No Ofício n. 209/2015/IPHAN/AM (fls. 654/655, volume 6, anexo), de 23.04.2015, a Autarquia informou que, em visita técnica realizada em 26.05.2014, foi constatado que “o antigo prédio do Centro de Proteção Ambiental de Balbina encontra-se em péssimo estado de conservação, inclusive com ocorrência de desabamento em sua estrutura (cobertura e pilares de sustentação)”. Quanto a casa onde funciona o Museu de Balbina, observou que o imóvel, “apesar de estar em regular estado de conservação, permanece fechado e sem manutenção periódica, não apresentando condições adequadas para a guarda do acervo, primeiramente arqueológico, que se encontra com grande incidência de umidade. Ambas as edificações, portanto, necessitam de ações emergenciais de conservação” (g.n).

Em relação ao acervo arqueológico, a Técnica de Arqueologia Elen Caroline de Carvalho Barros, informou que o armazenamento está inadequado e que começam a apresentar indícios de deterioração dos sacos de tecido, bem como mofo decorrente da ação de agentes biológicos que causam manchas e fragilizam os achados arqueológicos, principalmente cerâmicos. Afirmou, ainda, que “é urgente a realização de atividade de manutenção e higienização do acervo presente no ‘Museu’ de Balbina” (g.n).

Nas imagens de fls. 656/657 do volume 6 dos autos anexos, é possível observar o grau de deterioração do CPAB, o mal acondicionamento das peças arqueológicas e a existência de infiltrações na parede do imóvel, caracterizando ausência de manutenção adequada.

No Ofício n. 361/2016/IPHAN/AM (fls. 715/717, vol. 6, anexo), de 08.06.2016, o Superintendente do IPHAN no Amazonas informou que, no dia 17.02.2016, uma equipe do Órgão realizou visita técnica à área da Usina Hidrelétrica de Balbina, no município de Presidente Figueiredo, e comprovou, mais uma vez, “a grave situação de abandono e deterioração em que se encontram a edificação do Centro de Proteção Ambiental de Balbina – CPA – obra do arquiteto mineiro Severiano Porto, bem como o excepcional acervo arqueológico do Museu de Balbina, proveniente dos projetos ambientais desenvolvidos no Lago de Balbina ao longo da década de 1980”.

No citado ofício, acerca do Museu de Balbina, observou-se que o acervo “permanece provisoriamente alocado, desde 2006, em uma edificação residencial na Vila Waimiri, distrito de Balbina, sendo parte dele exposto sem critérios museográficos (junto a itens de outra natureza que não arqueológica, tais como animais empalhados e conservados em formol), e parte armazenada numa pretensa reserva técnica. Nesse último espaço, em que se encontra a maior parte do acervo, a situação é bastante precária e agravada pela completa inadequação do armazenamento das peças: vestígios em sacos deteriorados, com etiquetas danificadas, ou até mesmo sem qualquer identificação, excesso de umidade e a consequente proliferação de fungos”.

Os documentos constantes dos autos evidenciam o estado de abandono do CPAB e o risco de perda total dos achados arqueológicos, visto que tais documentos foram emitidos por profissionais técnicos e fiscalizados pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, detendo, portanto, presunção de legitimidade e veracidade.

Ademais, milita em favor do meio ambiente o princípio da prevenção, impondo-se, na espécie, a adoção da medida preventiva postulada (plano de ações emergenciais para evitar a ruína e o desabamento do prédio do CPAB e impedir o perecimento do acervo arqueológico), a fim de evitar danos maiores e irrecuperáveis ao meio ambiente.

Ressalta-se que o perigo da demora na tramitação do feito aumentará o passivo ambiental, provocando danos maiores ao meio ambiente e ao patrimônio arqueológico. Portanto, em cognição sumária, estão satisfeitos os requisitos para a concessão da tutela de urgência requerida.

Rememorando que, na sistemática do novo Código de Processo Civil, a petição inicial e a contestação são os momentos adequados para a especificação de provas (arts. 319, VI e 336, CPC/15).

Diante do exposto:

I. REJEITO as preliminares de ilegitimidade passiva, impossibilidade jurídica do pedido e inépcia da inicial;

II. INDEFIRO o pedido de chamamento ao processo da União, requerido pelo Estado do Amazonas;

III. DETERMINO A INCLUSÃO, no polo passivo, da empresa Amazonas Geração e Transmissão de Energia S/A, com a sua devida CITAÇÃO, oportunidade em que poderá apresentar resposta e indicar as provas que pretende produzir, nos termos do art. 335 e seguintes do CPC/15, atentando à inversão do ônus da prova realizada nesta decisão;

IV. DEFIRO o pedido de inversão do ônus da prova, pleiteado pelo MPF; desta decisão, com vistas a garantir o contraditório, INTIMEM-SE os réus para que, querendo, tragam novos elementos probatórios aos autos;

V. DEFIRO o pedido de tutela antecipada e DETERMINO que as sociedades Amazonas Distribuidora de Energia S/A, Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A – ELETRONORTE e Amazonas Geração e Transmissão de Energia S/A apresentem dois planos de ações emergenciais: um para evitar a ruína e o desabamento do prédio do CPAB, e o outro para impedir o perecimento do acervo arqueológico, respectivamente, à Secretaria de Estado de Cultura do Amazonas – SEC/AM e ao IPHAN, no prazo de 90 (noventa) dias. Após a aprovação dos planos, a execução das medidas emergenciais deve ser iniciada no prazo de 60 (sessenta) dias e concluída no prazo máximo de 1 (um) ano, sob pena de multa diária no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) até o máximo de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), em caso de descumprimento;

VII. INTIME-SE o IPHAN para manifestar-se acerca do interesse em integrar a lide. VIII. Tudo feito, vistas ao MPF” (fls.64/77).

Indefiro o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo, por não identificar, em juízo de sumária cognição, próprio dos juízos liminares, presença concomitante dos requisitos que autorizam a adoção da providência. Os argumentos deduzidos no arrazoado recursal restam enfraquecidos diante dos termos mesmos com que concebido o ato jurisdicional impugnado, não se divisando, outrossim, possibilidade de advir à agravante, até julgamento do recurso, dano de difícil reparação, inclusive, por ora, quanto à multa cominada e seu respectivo valor, tanto mais que nas razões recursais não se argumenta com exiguidade do prazo concedido para elaboração e apresentação de plano para proteção do patrimônio arqueológico, e que a eventual efetivação da *astreinte* só tem lugar em caso de descumprimento ou atraso *injustificado* no cumprimento da obrigação, a ser verificados em concreto e a *posteriori*.

Comunique-se ao Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas.

Intime-se o agravado, para os fins do disposto no inciso II do artigo 1.019 do novo Código de Processo Civil”.

Pelos mesmos fundamentos, também aqui aplicáveis, indefiro o pleito de atribuição de efeito suspensivo ao agravo.

(Agravo de Instrumento 0027560-53.2017.4.01.0000/AM, rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, e-DJF1 de 03/08/2017, p. 441)



Primeira Turma Recursal de Juiz de Fora/MG

Previdenciário. Pensão por morte. Segurado especial. Limitação da prova testemunhal a uma testemunha. Cerceamento de defesa configurado. Nulidade da sentença. Retorno dos autos para oitiva das testemunhas. Recurso provido.

I. Trata-se de recurso inominado interposto pela parte-autora contra sentença que julgou improcedente o pedido de pensão por morte em decorrência do falecimento do segurado José Ambrósio, trabalhador rural e cônjuge da autora. Alega a recorrente, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, uma vez que o juízo *a quo* limitou a produção da prova testemunhal para apenas uma testemunha, sob o fundamento de que o depoimento daquela que mais conhece a parte é suficiente para o esclarecimento dos fatos. Na eventualidade, requer o provimento do recurso, uma vez que comprovado o preenchimento de todos os requisitos para a concessão do benefício.

II. No caso, entendo que possui razão o recorrente ao alegar cerceamento de defesa. Com efeito, o juízo *a quo* julgou improcedente o pedido por inconsistência nas declarações prestadas pela autora na via administrativa, no sentido de que estava separada de fato do seu marido há oito anos, e no depoimento judicial, no qual afirmou que ficaram separados por apenas um mês, e também entre este e o depoimento prestado pela testemunha, no sentido de que, quando o segurado faleceu, ele estava morando na casa da mãe.

III. Da oitiva da gravação da audiência, depreende-se que, de fato, a produção da prova foi limitada a uma única testemunha, a qual foi escolhida pela autora, após determinação do juízo no sentido de que esta indicasse aquela que melhor a conhecia. Analisando, ainda, a gravação, é possível depreender que a autora se trata de pessoa extremamente simples, de parca instrução, e que respondeu com dificuldade determinadas perguntas formuladas pelo magistrado, visivelmente por não compreender o seu sentido. Vê-se, ainda, em sua carteira de identidade que a autora é analfabeta, pois não assina (fl. 16). A testemunha ouvida em juízo também se trata de pessoa simples, da lida rural.

IV. Assim, havendo dúvida quanto à situação de fato existente entre a autora e o falecido segurado, entendo não ser prudente julgar improcedente a pretensão inicial sem antes viabilizar a produção plena de provas, valendo destacar que a segunda testemunha arrolada pela autora compareceu à audiência, mas não chegou a ser ouvida.

V. Com efeito, a contradição entre os depoimentos, considerando em especial a pouca instrução da autora, poderia ser melhor esclarecida com a oitiva da segunda testemunha por ela arrolada, não podendo a dúvida militar contra aquele que teve seu pedido de prova indeferido. Assim, entendo que restou configurado o cerceamento de defesa, razão pela qual é nula a sentença recorrida, devendo os autos retornarem ao juízo *a quo* para produção da prova testemunhal requerida pela parte interessada.

VI. Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso da autora, para anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem, onde deverá ser retomada a instrução processual, com a oitiva da testemunha arrolada pela parte.

VII. Sem condenação em honorários.

(Recurso Inominado 4483-94.2014.4.01.3823, rel. Juíza Federal Sílvia Elena Petry Wieser, julgado e publicado em 08/06/2017)

Consumidor. Programa de arrendamento residencial. Imóvel inabitável. Dano material. Dano moral. Administradora do condomínio. Responsabilidade solidária. Inexistência. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.

I. Trata-se de recurso inominado, tempestivo, interposto pela parte-ré Redentor Administração de Imóveis em face da sentença de fls. 408-411, que julgou procedentes os pedidos autorais para lhe condenar, solidariamente com a autarquia ré Caixa Econômica Federal, ao pagamento de R\$10.828,14 a título de danos materiais e a R\$14.000,00 a título de danos morais à autora. Alega a recorrente ser parte ilegítima no polo passivo da presente demanda, uma vez que atuava somente como administradora do imóvel, não possuindo qualquer autonomia ou obrigação de realizar reparos a eventuais defeitos na construção. Por sua vez, a CEF junta em fls. 413-414 comprovante de depósito no valor de R\$ 8.276,05, pelo que lhe seria cabido adimplir conforme sentença.

II. Observo que a CEF não recorreu dos termos da sentença, assim como não o fez a parte-autora. Neste caso, resta a análise do recurso interposto pela Redentor Administração de Imóveis.

III. Em apertada síntese, a presente demanda trata de uma relação consumerista estabelecida entre a CEF e a autora através de um contrato de arrendamento de um imóvel (fls. 22-24) localizado no Condomínio Residencial Santa Felicidade, situado na rua C, 100, Bairro Jóquei Clube, Juiz de Fora/MG, celebrado em 25/05/2007. Os autores residiram no referido imóvel entre 05/2007 e 01/2009, embora tenha adimplido com suas obrigações contratuais até o mês 01/2010. Em janeiro de 2009, os autores foram obrigados a deixar o imóvel por força de vícios anteriormente ocultos que começaram a surgir na construção, tais como rachaduras, vazamentos, mofo. Em fls. 29-30 e 33-34, constam relatórios de vistoria realizados pelo Departamento de Prevenção e Atividades Intersetoriais, onde é constatado os vícios da construção, vícios estes que impossibilitam a moradia no referido imóvel.

IV. Esta demanda foi distribuída perante a Justiça Comum, obtendo sentença procedente (fls. 268-277). Após, em fls. 349-350, foi anulada tal sentença por força da competência exclusiva da Justiça Federal para julgar a questão. Todavia, em fls. 408-411, novamente foram julgados procedentes os pedidos autorais nos termos supracitados.

V. O contrato celebrado entre as partes-rés é anexado aos autos em fls. 139-151, e essencial se faz a análise deste documento para se aferir até que ponto se estende a responsabilidade da administradora e em quais aspectos ela se aplica. Neste sentido, destaco o Termo de Referência do contrato, fls. 149-151, mais precisamente o tópico dois. Neste tópico são explicitadas as formas de atuação, atribuições e obrigações da contratada na administração dos imóveis. Nos pontos tratados neste tópico contratual é possível aferir que a administradora deve atuar como síndico, “assegurando, naquilo que lhe couber, a conservação física” do imóvel. Indica o item 2.1, I, v, que em caso de dano físico ao imóvel, hipótese corrente dos autos, a administradora deverá tão somente acionar a CEF para que sejam tomadas as soluções cabíveis. No item 2.1, I, w, há a indicação de que “em caso de indispensável realização de serviço ou de manutenção de imóveis, a cotação de preços entre, no mínimo, 3 empresas especializadas, submetendo as propostas à aprovação da CAIXA para a contratação da empresa de melhor preço”.

VI. Diante da análise das fls. 170-203, entendo ter o recorrente cumprido com seus deveres contratuais, ao passo que buscou reiteradamente junto à CEF solucionar os problemas existentes no imóvel da autora. Não há que se falar em participação da administradora na cadeia de fornecimento de serviços para fins de responsabilização em caso de vícios de construção do imóvel, ao passo que sua responsabilidade está adstrita às questões administrativas, e neste ponto a conduta da recorrente se pautou nos limites estabelecidos pelo contrato que a vincula.

VII. Acolho a alegação de ilegitimidade passiva arguida pela recorrente administradora tendo em vista que esta atuou tão somente como mandatária da CEF em relação a serviços administrativos. Não há qualquer relação jurídica entre a administradora e a autora que a obrigue na reparação de eventuais danos estruturais existentes no imóvel objeto do contrato de arrendamento residencial firmado com a CEF. Desta forma, excluo a recorrente Redentor Administração de Imóveis do polo passivo da presente demanda, a qual deve seguir apenas em face da CEF.

VIII. De mais a mais, a CEF comprovou em fls. 413-414 o depósito de R\$ 8.276,05, pelo que lhe seria cabido adimplir conforme sentença. A sentença fixou em R\$10.828,14 o valor da indenização por danos materiais, conforme cálculos de fls. 405-407, e R\$14.000,00 em indenização por danos morais. Remetam-se os autos à Contadoria Judicial para atualização dos cálculos de fls. 413-414, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

IX. Sem condenação em honorários.

X. Sentença reformada para excluir do polo passivo da demanda a ré Redentor Administração de Imóveis.

(Recurso Inominado 0005056-72.2012.4.01.3801, rel. Juíza Federal Silvia Elena Petry Wieser, julgado e publicado em 08/06/2017)

Medicamento. Restituição de valores. TFD. Direito à vida e à saúde. Impossibilidade. Sentença mantida. Recurso negado.

I. Trata-se de recurso interposto pelo autor contra sentença que julgou improcedente seu pedido de ressarcimento pelos valores gastos com tratamento de saúde no Estado de São Paulo.

II. O recorrente argumenta que não lhe foi oportunizado o contraditório na preliminar suscitada pelo Município de São João del-Rei, ofendendo o art. 5, LV, da Carta Maior e ao art. 327 do CPC/1973, que corresponde atualmente ao art. 351 do CPC/2015, além disso, não foi dado ao autor a possibilidade de produção de provas, evidenciando a nulidade da sentença. O recorrente salienta que em ação ajuizada contra o Município de São João del-Rei, em que o autor também é parte, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reconheceu a nulidade da sentença pelos mesmos fundamentos que suscita no presente recurso. O recorrente aduz, ainda, que o magistrado proferiu a sentença sem que tivesse sido regularizado o polo passivo, considerando que a lide não estava devidamente formada, com a citação de todas as partes. O recorrente destaca, ainda, que inexistente litispendência em relação ao município no caso em tela, considerando-se que o Processo 58124-24.2011.8.13.0625 trata de fato diverso, considerando-se que naqueles autos pleiteia-se R\$ 2.111,75 (fl. 131) e no presente processo o autor visa o ressarcimento de R\$ 8.675,67 (fl. 4). Por fim, o recorrente suscita que os gastos foram de urgência, não podendo aguardar a Secretaria de Saúde Municipal para iniciar os tratamentos necessários, ante o risco de morte (fl. 27), sendo-lhe negado o fornecimento do TFD.

III. Preliminarmente, observo que o autor suscita a nulidade do processo sob três aspectos, sendo eles: a ausência de citação do Estado de Minas Gerais, o que somente veio a ocorrer após a prolação da sentença (fl. 118); a ausência de contraditório quanto à preliminar de litispendência suscitada pelo Município de São João del-Rei; e, por fim, diante do julgamento antecipado que cerceou seu direito de produção de provas.

IV. Quanto à irregularidade da citação do Estado de Minas Gerais, observo que o art. 282, § 1º, do CPC/2015 estabelece que a nulidade não será decretada caso não resulte em prejuízo à parte na qual a repetição do ato aproveitaria, o que deve ser aplicado aos autos, privilegiando-se o julgamento de mérito, preceito também verificado no CPC/1973 em seu art. 249, § 1.

V. No que tange à ausência de contraditório sobre a preliminar de litispendência suscitada pelo município, verifico que a existência do processo que tramita na Justiça Estadual, na 2ª Vara Cível da Comarca de São João del-Rei, sob o número 58124-24.2011.8.13.0625, não se constitui hipótese de nulidade do processo, considerando-se que restou evidente nos autos a configuração da litispendência em relação ao Município de São João del-Rei, pois há identidade de parte, causa de pedir e pedido, não sendo suficiente para diferenciação das ações o *quantum* pleiteado para fins de ressarcimento, quando o valor cobrado incide sobre os mesmos fatos, pois entendimento diverso seria cancelar o ingresso de ações idênticas com base em erro de cálculo. Ademais, a petição inicial do Processo 58124-24.2011.8.13.0625, às fls. 109-131, assim como a sentença nele proferida (fls.132-133) evidenciam a repetição de ação em curso quanto ao município, nos termos do art. 337, §§ 1º ao 3º do CPC/2015, pois o autor também suscita o reembolso pelos tratamentos em São Paulo, no mesmo período questionado na presente ação, e apresenta, para tanto, os mesmos documentos (fls. 197-248).

VI. Quanto ao julgamento antecipado, esclareço que de fato a sentença proferida no dia 13/04/2012 no Processo sob o número 58124-24.2011.8.13.0625, que tramita na 2ª Vara Cível da Comarca de São João del-Rei, foi anulada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais pelas razões que se inferem da ementa às fls.161-162. Entretanto, tal fato ocorreu diante da contradição exarada naqueles autos, pois o juiz de Direito julgou antecipadamente a lide, cerceando a produção de provas e, posteriormente, julgou improcedente os pedidos por ausência de provas, o que acarretou a nulidade do julgado, tendo o TJMG reconhecido o cerceamento de defesa ante ao ato contraditório do juízo (fl. 162).

VII. Contudo, em análise mais apurada dos autos, percebe-se que não há na instrução do processo em questão cerceamento de defesa do autor, considerando-se que é inerente ao rito dos juizados especiais um procedimento mais célere, e ainda que se considere a hipótese de julgamento antecipado do mérito previsto no art. 355, II, CPC/2015, o indeferimento do pedido autoral baseou-se na demonstração de que "o autor, por iniciativa própria, decidiu viajar e levar consigo um acompanhante para fazer tratamento de saúde em outro município, no caso São Paulo" (*sic* – fl. 149). Assim, não há na decisão impugnada contradição que dê ensejo à sua nulidade, considerando-se que se trata de questão eminentemente de direito, não sendo suficiente a ausência de produção de provas testemunhais para a nulidade da sentença, principalmente, quando cumpria a parte requerer em momento oportuno a produção da referida prova, o que não fez, mantendo-se silente.

VIII. Destaco, por oportuno, que os argumentos suscitados no recurso pelo autor foram aduzidos perante o TJMG, conforme supramencionado, sendo que a produção da prova testemunhal naquele feito foi oportunizada ao autor, após o julgamento do referido Tribunal, todavia, o autor não apresentou a prova testemunhal requerida, antes pugnou pelo julgamento da lide no estado em que se encontrava, declarando que não tem provas a produzir (fl. 252), o que demonstrou seu intuito protelatório naquele feito.

IX. No que tange ao mérito do recurso, esclareço que o Tratamento Fora de Domicílio foi intuído pela Portaria 55/1999, da Secretaria de Assistência à Saúde (Ministério da Saúde), para assegurar o que preceitua o art. 196 da Constituição Federal, considerando-se a precariedade no atendimento de saúde em diversos municípios brasileiros que não detêm estrutura física e financeira para dar suporte aos procedimentos mais complexos, situação que impõem o tratamento em outras localidades a fim de efetivar a cobertura integral e minimizar as desigualdades regionais no País. Assim, o TFD através do SUS custeia o tratamento médico de pacientes portadores de doenças não tratáveis no município de origem por falta de condições técnicas. Contudo, o programa tem por pressuposto o esgotamento dos meios de tratamento no município de origem, em que o paciente é encaminhado às unidades de saúde de outro município ou estado da Federação.

X. Assim, devem-se analisar pontos essenciais ao deferimento do tratamento médico almejado que são: (I) sua imprescindibilidade; (II) inexistência de outras opções eficazes; (III) atual situação clínica do paciente e grau de evolução da patologia; (IV) urgência no deferimento da medida.

XI. Além disso, há requisitos específicos do TFD, estabelecidos pela Portaria 55 do Ministério da Saúde, a saber: pacientes atendidos na rede pública; esgotamento dos meios de tratamento dentro do município; o município de referência deve ter uma distância superior a 50 km do município de destino em deslocamento por transporte terrestre ou fluvial, e 200 milhas por transporte aéreo; deve estar previamente agendado o atendimento pela Central de Marcação de Consultas e Exames Especializados e pela Central de Disponibilidade de Leitos; a existência de exames completos, no caso de cirurgias eletivas; e, por fim, a referência dos pacientes de TFD explicitada na Programação Pactuada Integrada – PPI de cada município e na Programação Anual do Município.

XII. Saliento que a controvérsia judicial não se dá em relação ao tratamento, mas na inexistência de documento hábil para comprovar o pedido de Tratamento de Saúde Fora do Município (TFD), o que é também verificado no processo 58124-24.2011.8.13.0625, às fls. 109-133, situação que conduziu o indeferimento dos pedidos autorais em relação ao Município de São João del-Rei naquele feito (fls. 256-264).

XIII. Destaca-se que há nos autos documentos que estão além dos limites impostos pelo pedido de ressarcimento, considerando-se que o TFD somente cobre os custos de deslocamento, hospedagem e alimentação em município diverso do que o autor reside. Logo, as despesas de tratamento de saúde realizado dentro do Município de São João del-Rei não são objeto da demanda, o que exclui o tratamento odontológico do recorrente (fls. 57-64 e 72-75) e os que se referem a atendimento médico dentro do referido município. Raciocínio semelhante é imposto quanto aos documentos que comprovam diversos indeferimentos injustificados de medicamentos, que incorrem inclusive em descumprimento de decisão judicial (fls. 76-86), o que impôs ao Conselho Municipal de Saúde a prestação de esclarecimentos ao Ministério Público Estadual (fl. 66). Todavia, tais circunstâncias não são objetos da demanda, o que deixo de analisar ante os princípios da adstrição e da inércia.

XIV. Quanto aos documentos às fls.14-23, verifico que dizem respeito ao atendimento médico realizado no município em que o autor reside, não sendo provas hábeis para demonstração da necessidade de tratamento em São Paulo, pois não lhe fazem referência, antes tratam de fatos que levaram a internação em Belo Horizonte e, ainda, ao tratamento de fisioterapia em que o recorrente foi submetido dentro do município de referência.

XV. Esclareço que o tratamento médico realizado em Belo Horizonte (fl. 24) decorreu de solicitação de transferência para tratamento cateterismo feita por profissional da saúde, Sra. Patrícia Silva, o que fez ante o infarto agudo do miocárdio que acometeu o recorrente em 18/07/2009 (fl. 11). Tal fato, *a priori*, enquadra o autor em um dos requisitos indispensáveis para o deferimento do TFD, entretanto, os cupons e notas fiscais anexadas aos autos estão datados após 2010 e somente se referem a gastos realizados no Estado de São Paulo, o que impede a pretensão de ressarcimento quanto ao tratamento em Belo Horizonte.

XVI. Convém mencionar por oportuno que o tratamento do autor em São Paulo foi custeado pelo SUS (fl. 35), tendo o autor feito prova, às fls. 30-34 e fls. 88-90, de gastos pessoais durante o tratamento com passagem e alimentação que não foram cobertos pelo SUS, sendo que sobre estes incide o pedido autoral.

XVII. Contudo, ressalto que o TFD tem como pressuposto o encaminhamento do paciente pelo próprio município, através de um médico conveniado ao SUS que referencie o tratamento. Todavia, no caso em questão o único documento médico de referência, embora não seja elaborado por médico conveniado ao Sistema Único de Saúde, atesta o risco de morte em 05/01/2010, indicando o tratamento no Hospital Madre Tereza em Belo Horizonte e não em São Paulo (fl. 27). Tal fato ganha relevância nos autos, dado os requisitos impostos pelo programa de Tratamento Fora de Domicílio, que não permite a livre escolha de local para realização do tratamento dado os limites financeiros impostos ao programa social, tendo o autor optado por local a aproximadamente 471 km de seu domicílio em detrimento do indicado, que está a cerca de 171 km de sua residência.

XVIII. Saliento que, muito embora o autor tenha protocolado petições dirigidas ao secretário municipal de Saúde de São João del-Rei em 07/02/2012 (fls. 68-69 e 71), apenas o fez para solicitar atendimento médico dentro do município, vindo a solicitar o TFD apenas em 1º/07/2014 (fl. 65), o que configura um óbice para o ressarcimento em período anterior a 2014, pois o Programa de Tratamento Fora do Domicílio abrange gastos de tratamentos previamente requeridos, visto que tem por fundamento a análise da inexistência do procedimento médico indicado dentro do domicílio do paciente. Ademais, para que o Estado custeie as despesas do requerente é imprescindível que haja uma autorização formal acompanhada de encaminhamento do município que não dispõe de meios para fornecer o respectivo tratamento, como já salientado na sentença.

XIX. Isto posto, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença pelos seus próprios fundamentos.

XX. Condeno o recorrente ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação, ficando, todavia sobrestada a cobrança diante dos benefícios da assistência jurídica gratuita.

(Recurso Inominado 3238-72.2014.4.01.3815, rel. Juíza Federal Silvia Elena Petry Wieser, julgado em 08/06/2017).

Pedido de uniformização. Administrativo. Gratificação de desempenho. Termo final do pagamento aos servidores ativos e inativos no mesmo valor. Entendimento do STF. Publicação dos resultados do primeiro ciclo de avaliação. Incidente conhecido e provido.

I. Lide/recurso: trata-se de pedido de uniformização de jurisprudência formulado pela parte-autora, no qual se insurge contra acórdão proferido pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de Goiás, que deu provimento ao recurso inominado interposto e determinou que os efeitos financeiros do pagamento da GDPST e da GDASST retroajam à data da publicação da Portaria 3.627/2010.

II. Razões do voto: presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Sobre o tema, o STF pacificou a questão atinente ao *termo final* do pagamento desta gratificação de modo igualitário entre os servidores da ativa e inativos/pensionistas, no julgamento do RE 662.406, afetado ao rito da Repercussão geral, em que fixou a seguinte tese:

O termo inicial do pagamento diferenciado das gratificações de desempenho entre servidores ativos e inativos é o da *data da homologação do resultado das avaliações, após a conclusão do primeiro ciclo de avaliações*, não podendo a Administração retroagir os efeitos financeiros a data anterior.

Assim, considerando que o resultado das avaliações somente foi divulgado com a Portaria CGESP, de 30/01/2012, publicada no *Boletim de Serviço* 27, de 13/02/2012, este deve ser o termo final do pagamento da gratificação requerida pelo autor.

Desse modo, até que sobrevenha nova interpretação ou decisão de instância superior, razoável aplicar o entendimento do STF.

III. Assim, voto por dar provimento ao recurso para, reafirmando a tese de que o pagamento das gratificações de desempenho no mesmo valor entre servidores ativos e inativos deve ocorrer até a homologação dos resultados do

primeiro ciclo de avaliações, reformar o v. acórdão da Turma Recursal da Seção Judiciária de Goiás e determinar que o termo final do pagamento das gratificações de desempenho, na forma como requerida pelo autor, tenha como termo final a Portaria CGESP, de 30/01/2012, publicada no *Boletim de Serviço* 27, de 13/02/2012.

(Numeração única:0041105-45.2012.4.01.3500,Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2012.35.00.962359-5, rel. Juiz Federal Marcelo Stival, unânime, e-DJF1 de 14/07/2017, p. 4.117)

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.

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 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.

