

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região



v. 28 n. 1/2 janeiro/fevereiro 2016

ISSN 0103-703-X

R. TRF1	Brasília	v. 28	n. 1/2	p. 1/234	janeiro/fevereiro 2016
---------	----------	-------	--------	----------	------------------------

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro* – 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

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
a partir de maio/2014



Artigos Doutrinários

11

Previdência Social e a Justiça em Rawls e Walzer, 11

Danilo Ribeiro Miranda Martins

A tributação como instrumento de proteção ambiental, 25

Pedro Francisco da Silva

Inovações Legislativas

39

Lei 13.247, de 12/01/2016.

Lei 13.254, de 13/01/2016.

Lei 13.256, de 04/02/2016.

Decreto 8.638, de 15/01/2016.

Decreto 8.656, de 29/01/2016.

Acórdãos — Inteiros Teores

41

Corte Especial – Impetração contra ato judicial. Cassação de liminar de inscrição do nome do município-impetrante nos cadastros de inadimplência, 41

Mandado de Segurança 0007251-84.2012.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Corte Especial – Sequestro. Homicídio qualificado e ocultação de cadáver. Parcialidade do Conselho de Sentença, 45

Desaforamento de Julgamento 0048925-37.2015.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira

Primeira Seção – Militar temporário. Licenciamento. Documento novo. Atestado médico posterior ao trânsito em julgado da sentença rescindenda, 48

Numeração única: 0028294-24.2005.4.01.0000

Ação Rescisória 2005.01.00.059040-0/DF

Relator: Desembargador Federal João Luiz de Sousa

Primeira Seção – Aposentadoria. Renúncia. Concessão de novo benefício. Cômputo de tempo de serviço laborado após a concessão do primeiro benefício, 57

Embargos Infringentes 0012336-97.2012.4.01.3800/MG

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

Segunda Seção – Tráfico e associação ao tráfico ilícito de entorpecentes. Causa de diminuição de pena, 59

Numeração única: 006972-32.2007.4.01.3700

Embargos Infringentes e de Nulidade 2007.37.00.007150-1/MA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Segunda Seção – Restituição de coisas apreendidas. Terceiro interessado. Indícios de autorização de uso do bem pela Polícia Federal. Ausência de ilegalidade, 66

Mandado de Segurança Criminal 0036527-58.2015.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

Terceira Seção – Tratamento de saúde. Descentralização do Sistema Único de Saúde, 69

Numeração única: 0001984-76.2009.4.01.3803
Embargos Infringentes 2009.38.03.002012-6/MG
Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Terceira Seção – Animal silvestre. Entrega ao Ibama. Ação de posse e guarda, 73

Conflito de Competência 0033059-86.2015.4.01.0000/GO
Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Quarta Seção – Imposto de Renda. Abono de permanência, 75

Embargos Infringentes em Apelação Cível 0029449-37.2011.4.01.3400/DF
Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

Quarta Seção – Abono de permanência. Imposto de Renda. Recursos repetitivos. Jurisprudência pacífica deste Regional. Retratação não obrigatória, 76

Embargos Infringentes 0039673-05.2009.4.01.3400/DF
Relator: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)

Primeira Turma – Juros de mora e correção monetária. Período compreendido entre a elaboração de cálculos e a expedição da respectiva ordem de pagamento de precatório complementar. Preclusão, 78

Numeração única: 0013596-64.2002.4.01.3800
Apelação Cível 2002.38.00.013559-4/MG
Relator: Juiz Federal Mark Yshida Brandão (convocado)

Primeira Turma – Suspensão de benefício previdenciário. Inobservância do procedimento administrativo. Restabelecimento desde a suspensão até a efetiva reimplantação judicial, 80

Apelação Cível 0005354-13.2011.4.01.3506/GO
Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

Segunda Turma – Embargos à execução. Resíduo de 3,17%. Possibilidade de limitação do reajuste. Limitação temporal no título executivo, 84

Numeração única: 0038981-79.2004.4.01.3400
Apelação Cível 2004.34.00.048079-8/DF
Relatora: Desembargadora Federal Neuza Alves

Segunda Turma – Militar. Escola de Especialistas da Aeronáutica. Promoção a capitão. Prescrição, 87

Apelação Cível 0052636-40.2012.4.01.3400/DF
Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)

Terceira Turma – Operação *Sermão aos Peixes*. Organização criminosa. Lavagem de dinheiro. Prisão domiciliar. Excepcionalidade. Princípio da simetria, 93

Habeas Corpus 0065868-32.2015.4.01.0000/MA
Relator: Desembargador Federal Ney Bello

Terceira Turma – Termo circunstanciado. Crime de desobediência. Procurador federal. Atipicidade da conduta, 100

Habeas Corpus Cível 0060817-11.2013.4.01.0000/MT
Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes

Quarta Turma – Exceção de suspeição. Perito. Expressa e precisa indicação do fundamento legal de embasamento, 102

Agravo de Instrumento 0046958-59.2012.4.01.0000/MG
Relator: Desembargador Federal Ítalo Mendes

Quarta Turma – Improbidade administrativa. Contratação de cônjuge. Nepotismo. Violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade, 106

Apelação Cível 0012759-73.2011.4.01.4000/PI

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)

Quinta Turma – Agente de vigilância do Ministério das Relações Exteriores. Missão no exterior. Indenização por danos materiais e morais, 110

Numeração única: 0041341-79.2007.4.01.3400

Apelação Cível 2007.34.00.041596-6/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Quinta Turma – Meio ambiente. Devastação com a finalidade de construção residencial. Licença ilegalmente expedida pela Secretaria Estadual de Meio Ambiente. Responsabilidade objetiva, 114

Numeração única: 0001072-59.1993.4.01.3700

Apelação Cível 93.00.01187-1/MA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira

Sexta Turma – Mandado de segurança. Correios. Candidato considerado inapto em exame admissional. Contratação para o exercício do cargo, 118

Apelação Cível 0046329-07.2011.4.01.3400/DF

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)

Sexta Turma – Concurso público. Candidato condenado a pena privativa de liberdade em livramento condicional. Autorização para o trabalho. Princípio da dignidade da pessoa humana e razoabilidade. Ressocialização, 120

Apelação Cível 0007727-06.2010.4.01.4200/RR

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Sétima Turma – Ordem dos Advogados do Brasil. Inscrição. Incidente de inidoneidade moral, 123

Apelação/Reexame Necessário 0003663-36.2012.4.01.3600/MT

Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses

Sétima Turma – Contribuição previdenciária sobre a produção rural de pessoa física. Repetição e compensação dos valores indevidamente recolhidos. Embargos de declaração não analisados. Omissão. Anulação do acórdão embargado. Prosseguimento do julgamento, 125

Apelação Cível 0003063-04.2011.4.01.3809/MG

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

Oitava Turma – Embargos de terceiro. Ação executiva. Indisponibilidade/penhora. Boa-fé do adquirente. Fraude à execução, 128

Apelação Cível 0007855-78.2008.4.01.3300/BA

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

Oitava Turma – Conselho de Contribuintes. Recurso especial de divergência. Cabimento contra decisão prolatada em forma de resolução, 132

Numeração única: 0015570-36.2006.4.01.3400

Apelação Cível 2006.34.00.015740-7/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Decisões Monocráticas**135****Responsabilidade pelo pagamento do GSF. Empresas favorecidas por decisões judiciais, 135**

Agravo de Instrumento 0057628-54.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Município. Redefinição dos coeficientes de compensação financeira, 139

Apelação Cível 0013320-20.2012.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Anatel. Suspensão dos efeitos da Resolução 649/2015. Regime de *Bill & Keep*, 141

Agravo de Instrumento 0072046-94.2015.4.01.0000/DF

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)

Recebimento mensal de *royalties*. Inclusão de plataforma no conceito de instalação de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, 142

Apelação Cível 0016314-55.2011.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira

Imposto de Renda. Empresas prestadoras de serviço domiciliadas no exterior. Tratados. Bitributação, 145

Agravo de Instrumento 0053457-54.2015.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses

Liberação das mercadorias. Declaração de importação, 146

Agravo de Instrumento 0065166-86.2015.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Tráfico de drogas. *Bis in idem*. Aplicação da pena, 149

Recurso Especial em Apelação Criminal 0004370-06.2014.4.01.3803/MG

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Cancelamento de precatórios e arbitramento de pagamento de multa por atraso na devolução do precatório referente aos honorários de sucumbência, 152

Agravo de Instrumento 0069497-14.2015.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses

Rateio dos custos dos encargos do sistema por segurança energética, 155

Agravo de Instrumento 0049058-79.2015.4.01.0000/MG

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

Aneel. Implantação de linha de transmissão e subestação de energia elétrica, 159

Medida Cautelar Inominada 0002587-68.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

União. Ingerência para cumprimento de atos afetos aos presídios ou casas de detenção estaduais. Legitimidade, 161

Agravo de Instrumento 0000650-23.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Competência da Justiça estadual. Verbas do Fundeb provenientes da União. Incorporação ao patrimônio do município, 163

Agravo de Instrumento 0071577-48.2015.4.01.0000/BA

Relator: Juiz Federal Pablo Zuniga Dourado (convocado)

Conselho Regional de Enfermagem. Quantidade de profissionais conforme cálculo de dimensionamento de pessoal em hospitais públicos, 166

Suspensão de Liminar de Antecipação de Tutela 0000671-96.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Medidas para desocupação e isolamento de área onde se instalou garimpo ilegal, 167

Agravo de Instrumento 0004316-32.2016.4.01.0000/MT

Relator: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado)

Suspensão dos efeitos de sentença transitada em julgado e suspensão do curso de precatórios já expedidos, 173

Numeração única: 0090463-91.1998.4.01.0000

Medida Cautelar Inominada 1998.01.00.094964-0/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Diplomata. Edital. Omissão. Autodeclaração de candidatos como negros ou pardos, 179

Agravo de Instrumento 0000713-48.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira

Prefeito. Improbidade administrativa. Afastamento do cargo e indisponibilidade de bens, 181

Agravo de Instrumento 0061648-88.2015.4.01.0000/TO

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)

Incra. Reintegração de posse e nomeação da autarquia como depositária da gleba, 184

Agravo de Instrumento 0025853-21.2015.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Reintegração de posse. Terras indígenas, 192

Agravo de Instrumento 0053713-31.2014.4.01.0000/BA

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)

Fixação de preços máximos para os serviços de praticagem, 195

Agravo de Instrumento 0001597-77.2016.4.01.0000/DF

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)

JEFs em Revista**199****Militar. Valor da ajuda de custo. Integralidade da remuneração, 199**

Numeração única: 0055555-75.2007.4.01.3400

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2007.34.00.909744-3

Relator: Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende

Servidor público federal. Reajuste de 13,23%, 201

Numeração única: 0041616-18.2013.4.01.3400

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2013.34.00.009128-6

Relator: Juiz Federal Márcio André Lopes Cavalcante

Previdenciário. Atividade especial. Rol exemplificativo. Enquadramento por analogia. Técnico de telecomunicações, 205

Numeração única: 0019909-42.2009.4.01.3300

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2009.33.00.702885-9

Relator: Juiz Federal Márcio André Lopes Cavalcante

Breviário**209**

Consignação em folha de pagamento. Pedido de desconstituição. Relação jurídica entre o servidor público e a Administração que o remunera. Competência.

Restabelecimento de benefício. Danos morais e materiais. Questão secundária. Competência.

Revisão criminal. Hipóteses taxativas.

Previdenciário. Adicional de 25% sobre a renda atual do benefício de aposentadoria por idade. Segurado com deficiência proveniente de fato superveniente.

- Servidor público. Remoção. Acompanhamento do cônjuge. Empregado público.
- Servidor público. Vantagem pecuniária individual. Reajuste de 13,23%.
- Operação *Darkode*. Organização criminal transnacional. Crime de furto qualificado. Internet.
- Execução penal. Ré no exterior. Apresentação espontânea. Garantia de apresentação da paciente ao juízo impetrado quando do reingresso ao País.
- Ação civil pública. Ensino. Pessoas portadoras de necessidades especiais. Omissão estatal. Intervenção do Poder Judiciário.
- SUS. Atendimento neonatal. Deficiência. Ação civil pública do Ministério Público Federal para otimização desse serviço.
- Serviço público de telefonia fixa. Pretensão de auditoria periódica nas empresas. Método de medição. Direito do usuário. Obrigatoriedade em norma da Anatel.
- Concurso público para professor indígena. Edital. Requisitos específicos. Não atendimento. Invalidação da nomeação.
- Rodovias. Ação civil pública para instalação de dispositivos de pesagem de carga.
- Fundação Universidade do Amazonas. Desmatamento. Floresta não sujeita a especial proteção. Ausência de prévia licença ambiental. Autorização no decorrer da operação de desmatamento.
- Fraude no mercado de valores mobiliários. Ausência de prova.
- Concurso público. ECT. Candidatos impedidos de ingressarem no local do teste de capacidade física. Inadequação do traje. Liminar. Garantia da participação no exame físico. Êxito. Contratação dos interessados.
- Exigência de autorização judicial e impedimento de embarque em aeronave. Adolescente. Ato ilegal. Violação do art. 83 do ECA. Dano moral.
- Direito à informação e exposição adequadas quanto ao preço de produtos em supermercados.
- Taxa de Serviços Administrativos – TSA. Lei 9.960/2000. Ausência de especificação do fato gerador. Inconstitucionalidade.
- Embargos de terceiro. Alienação de imóvel em momento anterior à citação e antes da vigência da LC 118/2005. Fraude à execução não caracterizada.
- Embargos à execução fiscal. Cooperativa. Imposto de Renda. Ato cooperativo típico.
- Sistema de arrecadação *Simples*. Atividade econômica vedada (indústria de refrigerantes).
- Imposto de Renda. Resgate de contribuições. Previdência complementar. Indicação do valor do excesso de execução e apresentação de memória de cálculo. Alegação de saldo zero a restituir. Ação coletiva. Uniformidade de tratamento das relações jurídicas individuais na fase executiva.
- FPM. Repasse de cotas. Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados. Percentual de 23,5% do produto da arrecadação. Dedução de incentivos fiscais unilateralmente concedidos.

Repositórios Oficiais de Jurisprudência

231

Instruções Editoriais

233

Previdência Social e a Justiça em Rawls e Walzer

Danilo Ribeiro Miranda Martins*

1 Introdução

A obra do filósofo norte-americano John Rawls constitui verdadeiro divisor de águas na história do pensamento contemporâneo. *Uma Teoria da Justiça*, obra publicada pela primeira vez em 1973, suscitou uma série de discussões, que atingiram o seu ápice nos debates entre liberais igualitários e comunitaristas, anos depois.

Com suas bases fincadas no contratualismo, Rawls marca o retorno às considerações éticas de Emmanuel Kant e o aprofundamento da relação entre a ética e o Direito. Bem distante da visão positivista, em que a justiça aparece como objeto totalmente alheio ao direito, retomando-se aqui o questionamento sobre a legitimidade das normas.

Embora muitas correntes críticas tenham surgido a partir da obra de Rawls, encontramos no comunitarismo — e em especial na obra de Michael Walzer — um contraponto adequado à visão liberal de Rawls, dando o devido destaque aos aspectos culturais e históricos envolvidos na conquista dos direitos fundamentais.

Esses foram os motivos determinantes para a escolha das obras de John Rawls e Michael Walzer para abordar o relevante tema da previdência social e suas reformas.

É nítido que a Constituição Federal de 1988 está impregnada de princípios e valores, entre os quais se destaca a busca pela justiça e pelo bem-estar social. E não é possível almejar-se a realização desses valores sem um sistema de previdência social eficiente e justo.

Não por outra razão a previdência social encontra-se topograficamente localizada dentro do espaço destinado à Ordem Social, na busca de uma sociedade mais solidária e menos desigual. Poucos instrumentos têm sido tão efetivos na concretização desses valores, como a história e a experiência têm demonstrado.

Esse sistema tem sido frequentemente questionado, contudo, quanto à sua sustentabilidade no longo prazo. Isso porque a crescente longevidade e

as decrescentes taxas de natalidade têm tornado cada vez maiores os ônus para se mantê-lo.

Ao se avaliar a legitimidade desse sistema do ponto de vista de modernas teorias da justiça, portanto, espera-se verificar em que medida o sistema de previdência social adequa-se aos ditames de justiça, desenvolvendo argumentos jurídicos que contribuam com esse debate que possam ir além daqueles positivados pela legislação.

2 Direito e justiça

Um dos temas que mais tem causado divergências entre os juristas ao longo do tempo é o conceito de Direito. Esse debate, em geral, está ligado a diferenças de natureza metodológica ou tendências filosóficas diversas.

A palavra direito é utilizada em ao menos cinco acepções. É comum, primeiramente, utilizar-se a expressão para se referir ao setor do conhecimento humano que analisa e sistematiza os conhecimentos jurídicos, que recebe o nome de Ciência do Direito.

Também se utiliza o termo direito para se referir à contraposição entre direito natural e direito positivo. O primeiro referindo-se a princípios fundamentais de proteção ao homem, independentemente do que preveja a legislação; o segundo concernente ao direito institucionalizado pelo Estado, consubstanciado normalmente em textos legais.

Outra possibilidade é se utilizar a expressão para se referir à dicotomia direito objetivo e direito subjetivo, o primeiro correspondendo às normas de organização social e o segundo, às possibilidades que a norma garante a alguém.

É muito usual, ainda, se empregar o vocábulo direito no sentido de justiça. Nessa acepção há um juízo de valor sobre a correção dos fatos, independentemente do que dispõe a norma positivada.

A esse respeito esclarece André Franco Montoro¹:

Dentro dessa acepção, devemos distinguir, também, dois sentidos diferentes.

* Procurador federal; especialista em Direito Previdenciário, Gestão Previdenciária e Previdência Complementar pelo UNICEUB; MBA em Finanças pelo IBMEC-DF e mestrando em Direito Previdenciário pela PUC/SP.

¹ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 38-40.

a) Um das vezes 'direito', na acepção de justo, designa o bem 'devido' por justiça. Por exemplo, quando dissermos que 'o salário é direito do trabalhador', a palavra 'direito' significa 'aquilo que é devido por justiça'.

b) Outras vezes 'justo' significa a 'conformidade' com a justiça. Por exemplo: quando digo que 'não é direito condenar um anormal', quero dizer que não é conforme à Justiça. [...] Encontramos definições de direito que se referem a esta acepção. Entre outras, podemos citar a de Liberatore: 'Direito é tudo o que é reto, na ordem dos costumes', onde está claramente indicada a conformidade com a regra de conduta.

Não há dúvida de que o estudo da justiça se situa no âmbito da axiologia (teoria dos valores), que se desenvolve em dois planos: um filosófico, referente aos valores em si mesmos ou em sua objetividade, e outro positivo, sobre as experiências valorativas, sua estrutura, condicionamento social, etc.

A justiça é um dos principais valores almejados pelo direito, ao lado de valores como igualdade, ordem, segurança, liberdade, etc. De acordo com Miguel Reale², a justiça somente pode ser compreendida plenamente como concreta experiência histórica, como valor fundante do direito. Segundo ele, ainda, "cumpra reconhecer que a justiça, condicionante de todos os valores jurídicos, funda-se no valor da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores".³

Quando nos propomos a discutir a justiça de determinada norma, portanto, estamos adentrando na análise da legitimidade do conteúdo da norma segundo determinado contexto sócio-cultural.

Não se trata, a nosso ver, de fenômeno apartado do direito (visão positivista) nem tampouco de uma premissa para a validade das normas jurídicas (visão jusnaturalista). Cuida-se, porém, de aspecto essencial que poderá impulsionar a interpretação do direito por meio de conceitos abertos ou, no limite, provocar alterações no sistema jurídico, por meio das autoridades legislativas competentes.

Essa relação é expressa por Miguel Reale por meio da teoria tridimensional do Direito, que visualiza no direito três aspectos básicos: o normativo (direito como ordenamento), o fático (direito em sua

efetividade social e histórica) e o axiológico (direito como valor de justiça).⁴

Para ele, esses três aspectos (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas sim coexistem em uma unidade concreta. É o que explana o professor no seguinte trecho⁵:

A nosso ver, duas são as condições primordiais para que a correlação entre fato, valor e norma se opere de maneira unitária e concreta: uma se refere ao conceito de valor, reconhecendo-se que ele desempenha o triplice papel de elemento constitutivo, gnosiológico e deontológico da existência ética; a outra é relativa à implicação que existe entre o valor e a história, isto é, entre as exigências ideais e a sua projeção na circunstancialidade histórico-social como valor, dever ser e fim.

Ao nos debruçarmos sobre a justiça do sistema de previdência social, portanto, não pretendemos esgotar a análise do fenômeno jurídico, mas apenas avaliar as normas vigentes do ponto de vista do seu valor (justiça). E, nessa perspectiva, impossível se dissociar essa análise do contexto histórico-social em que se estabeleceu e vive esse sistema⁶.

Ao cabo e ao fim, o que se visa construir é um discurso de legitimação para as normas que sustentam o nosso sistema de previdência social. Ou, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁷, buscar fundamento em um "código de ordem superior", apto a funcionar como um princípio doador de sentido para o universo jurídico.

3 Concepções e espécies de justiça

A definição clássica de Justiça foi extraída da cultura greco-romana, com base nas concepções de Platão e Aristóteles, e devidamente sintetizada na fórmula "dar a cada um o que é seu." Foi essa a

⁴Op. cit., p. 65.

⁵REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 543.

⁶Nessa linha aduz, de maneira lapidar, Miguel Reale: "[...] os valores não possuem uma existência em si, ontológica, mas se manifestam nas coisas valiosas. Trata-se de algo que se revela na experiência humana, através da História. Os valores não são uma realidade ideal que o homem contempla como se fosse um modelo definitivo, ou que só possa realizar de maneira indireta, como quem faz uma cópia. Os valores são, ao contrário, algo que o homem realiza em sua própria experiência e que vai reassumindo expressões diversas e exemplares, através do tempo." *Filosofia do direito*, p. 208.

⁷FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 333

²REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 377.

³Op. cit., p. 377.

definição inserida no *Corpus Juris Civilis* e utilizada até os nossos dias.

André Franco Montoro⁸ distingue três extensões diferentes no conceito de justiça: um sentido latíssimo, um sentido lato e um sentido próprio. No sentido latíssimo justiça representaria o conjunto de todas as virtudes. No sentido lato justiça referir-se-ia ao conjunto de virtudes de relação e convivência humana. Em sentido estrito justiça designaria uma virtude especial.

É a este último sentido que São Tomaz de Aquino se refere quando diz que a essência da justiça consiste em dar a outrem o que lhe é devido, segundo uma igualdade.

À fórmula dar a cada um o que é seu segundo critério de igualdade, seguiu-se a fórmula dar a cada um o que é seu segundo suas necessidades, correspondendo ao conceito de justiça social. Ou, conforme a teoria de Marx e Engel, de cada um segundo sua capacidade e a cada um segundo suas necessidades.

Existem pelo menos três espécies (ou classificações) de justiça, quais sejam a justiça comutativa, a justiça distributiva e a justiça social.

A justiça comutativa rege as relações de troca entre particulares. Adota o critério da igualdade quantitativa e tem ampla aplicação no Direito Privado. Manifesta-se, por exemplo, em contratos de compra e venda, em que o comprador paga por um bem um preço equivalente.

Sobre a justiça comutativa, afirma André Franco Montoro⁹:

[...] a essência da justiça consiste em dar a 'outrem' o que lhe é 'devido', segundo uma 'igualdade'. A *alteritas*, o *debitum* e a *aequalitas* são as características essenciais da justiça em geral.

Mas essas características se realizam de forma diferente, nas diversas espécies de justiça.

Na justiça comutativa, a pluralidade de pessoas (*alteritas*) se realiza sob a forma de uma relação entre particulares. O *debitum* se apresenta como um devido, rigoroso e estrito. E a igualdade é simples ou absoluta, também chamada de real ou aritmética.

A justiça comutativa versa sobre o que é devido a cada pessoa em sentido direto e próprio, estando

normalmente relacionada ao respeito à personalidade do próximo e ao cumprimento de obrigações positivas ou contratuais.

A justiça distributiva, por sua vez, orienta-se de acordo com a igualdade proporcional, segundo os diferentes graus de necessidade. É com fundamento nessa espécie de justiça que o Estado busca a repartição de bens e encargos aos membros da sociedade.

Diz-se, usualmente, que na justiça comutativa busca-se a igualdade "aritmética", enquanto na justiça distributiva almeja-se a igualdade "proporcional". Ademais, na justiça distributiva cuida-se da relação entre a comunidade e seus membros, e não da relação entre particulares.

O fundamento do devido na justiça distributiva não é a equivalência entre o bem recebido e o bem dado, mas a natureza mesma do bem comum. Em se tratando de bem comum, portanto, natural que dele participem os membros da comunidade.

Segundo Miguel Reale¹⁰, há que se verificar o que cada um deve ao todo, e, concomitantemente, o que o todo deve a cada um. Enquanto a primeira parte corresponderia ao problema da justiça distributiva, a segunda diria respeito à justiça social.

A justiça social visa, assim, a uma repartição mais equilibrada das riquezas, em função dos deveres dos particulares em relação à sociedade. Adverte, porém, Montoro¹¹:

Baseados na convicção otimista da bondade natural do homem, geradora de uma harmonia social espontânea, os representantes do liberalismo clássico não admitem deveres estritos para com a sociedade. O melhor meio para que a vida social se desenvolva ordenadamente consiste em cuidar cada um de seu benefício individual. [...]

As exigências do bem comum não podem ser deixadas ao livre jogo dos interesses, nem à boa vontade dos indivíduos. Devem ser exigidos por lei, e constituir para os cidadãos uma obrigação estrita e exigível (*debitum legale*).

A justiça social tem por premissa o dever que todos têm de contribuir para o bem comum, mas esse dever é proporcional à respectiva função e responsabilidade na vida social. Cabe ressaltar ainda que, como virtude geral, a justiça social abrange em seu

⁸ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 128-129.

⁹ Op. cit., p. 150.

¹⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 124.

¹¹ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 217-218.

campo de atuação todas as demais virtudes, inclusive a justiça comutativa e distributiva.

4 Teorias da justiça

Na história das teorias da justiça identificamos pelo menos três tendências fundamentais. Primeiro, como qualidade subjetiva, expressando uma virtude ou um hábito. Depois, entendida de forma objetiva, com o predomínio das concepções jusnaturalistas. Terceiro, como concreta experiência histórica, em uma perspectiva essencialmente culturalista.

Quanto a essa última visão, expressa Miguel Reale, um dos maiores expoentes do culturalismo jurídico no Brasil¹²:

[...] sob a rubrica genérica de 'doutrinas histórico-culturais' enfeixamos várias tendências, como, por exemplo, a de tipo hegeliano, a de tipo diltheyano ou a de inspiração heideggeriana ou marxista, para não lembrarmos senão algumas das orientações de maior projeção em nossos dias. O que as unifica é a convicção da impossibilidade de compreender-se o problema do valor fora do âmbito da História, entendida esta como realização de valores ou como projeção do espírito sobre a natureza, visto dever-se procurar a universalidade do ideal ético com base na experiência histórica e não com abstração dela.

O direito pertence ao campo da cultura, estando sempre orientado para uma finalidade ou valor, em tempo e lugares determinados (contexto histórico). Para os culturalistas o direito não pode ser estudado com abstração do seu fim ou valor.

André Franco Montoro¹³, porém, entende que o historicismo e o relativismo dos culturalistas não se opõem ao pensamento de mestres do direito natural, como São Tomás de Aquino, que reconhece que as instituições sociais estão em contínua mudança, da mesma forma que representantes do culturalismo jurídico também reconhecem a existência de evidências universalmente válidas.

Nas últimas três décadas, em especial, vimos sobressair quatro perspectivas de justiça: a liberal, a libertária, a utilitarista e a comunitarista.

A perspectiva liberal tem em John Rawls seu principal representante, a partir da publicação do

seu livro *Teoria da Justiça*, em 1971. Em sua obra, Rawls tentava oferecer uma alternativa teórica ao utilitarismo, o que dará ensejo ao surgimento de um novo utilitarismo a partir da década de setenta, como reação à teoria de John Rawls.

A perspectiva libertária encontra formulação em Robert Nozick, que apresenta uma teoria distributiva para fazer frente à teoria da justiça como equidade em Rawls. Encontra-se, em sua obra, uma defesa irrestrita das liberdades de mercado e de limitação do papel do Estado na área social, condenando-se as políticas redistributivas em geral.

A quarta e última perspectiva, o comunitarismo, opõe-se ao universalismo rawlsiano, fundamentado na ideia de comunidade e no compartilhamento por ela propiciado, tendo Michael Walzer como um dos seus principais defensores.

As diferentes visões oferecidas por John Rawls e Michael Walzer, destacadamente sobre a justiça distributiva e a justiça social, podem nos fornecer ricos elementos para analisarmos o sistema de previdência social, ao contrapor uma perspectiva liberal e outra comunitária, como se verá.

4.1 Justiça em John Rawls e Michael Walzer

A teoria de John Rawls é considerada o ponto de partida para várias das teorias modernas sobre a justiça. A respeito de sua teoria, expõe Gisele Cittadino¹⁴:

Rawls parte do pressuposto de que há uma ideia intuitiva básica implícita na cultura pública das democracias que descreve a sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre pessoas livres e iguais. Desta ideia intuitiva básica decorrem duas outras, de igual forma intuitivas. A primeira, a ideia de 'sociedade bem ordenada', que pressupõe a existência de uma 'concepção política de justiça' que a regula.

Segundo Rawls, esta concepção de justiça deve ser independente (*freestanding*) das diversas doutrinas compreensivas religiosas, filosóficas ou morais professadas pelos indivíduos em uma sociedade democrática. Daí a ideia de 'justiça como imparcialidade', que, segundo ele, se situa exclusivamente no domínio do 'político'.

Para Rawls os indivíduos são livres e iguais, possuindo capacidades para que sejam plenamente cooperativos da sociedade. Entre essas capacidades incluem-se a de ter um senso de justiça, segundo uma

¹² REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 204.

¹³ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 280.

¹⁴ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo: Direito e Justiça Distributiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 80.

concepção pública, e a de adotar um conceito racional de bem.

Propõe-se, assim, que se parta de uma “posição original”, espécie de contrato hipotético por meio do qual representantes de cidadãos livres e iguais definem os termos da cooperação social e estabelecem princípios de justiça voltados para a garantia da liberdade e da igualdade.

Rawls acredita que, nessa situação, as pessoas escolheriam um princípio que preveja distribuição igual, garantindo liberdades básicas para todos, bem como uma igualdade de oportunidades. Cobertas pelo “véu da ignorância”, essas pessoas deveriam lidar com o fato da desigualdade, prevendo um princípio que possa melhorar a situação dos menos favorecidos. A este último deu-se o nome de princípio da diferença.

Na teoria de Rawls, o princípio da diferença corresponde à justiça distributiva, ao defender que os pobres tenham um nível de vida minimamente aceitável. Para ele, o limite da taxação redistributiva seria o ponto a partir do qual ela comece a desencorajar a criação de riqueza (princípio da poupança justa).

A esse respeito, assevera Roberto Gargarella¹⁵:

O segundo princípio ou ‘princípio da diferença’ é o que governa a distribuição dos recursos da sociedade. Se o primeiro mostrava-se vinculado à ideia de liberdade, este se mostra associado à ideia de igualdade. [...]

Finalmente, cabe acrescentar que os dois princípios de justiça estão organizados, segundo Rawls, em uma ordem de ‘prioridade lexicográfica’. De acordo com a regra de prioridade, a liberdade não pode ser limitada (em sociedades que alcançaram um mínimo de desenvolvimento econômico) a favor da obtenção de maiores vantagens sociais e econômicas, mas apenas no caso de entrar em conflito com outras liberdades básicas.

Rawls resgata, com a “posição original”, a ideia antiga de contrato social, na tentativa de estabelecer um sistema racional de justiça social. Com isso, pretende evitar o aspecto inconveniente do pensamento utilitarista de que o interesse individual possa ser suprimido em benefício de um bem maior.

Em *O Liberalismo Político*, publicado em 1993, Rawls reformula algumas de suas ideias originais, assimilando críticas feitas quanto à estabilidade e legitimidade do modelo por ele proposto. Introduce,

a partir de então, a ideia do pluralismo razoável, do consenso sobreposto e da razão pública.

Reconhece, então, a pluralidade e a diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais, muitas vezes irreconciliáveis. Dessa forma, a concepção de justiça deveria estar limitada ao domínio do político.

Reconhece, assim, que sua sociedade bem-ordenada de justiça como equidade não é realista. Relaciona, ainda, o conceito de pluralismo razoável ao de consenso sobreposto, por meio do qual sustenta que

[...] a unidade social baseia-se num consenso sobre a concepção política, e que a estabilidade só é possível quando as doutrinas que constituem o consenso são aceitas pelos cidadãos e as exigências da justiça não conflitam gravemente com seus interesses essenciais [...] ¹⁶.

Torna-se importante para a definição das questões de justiça básica a razão pública, entendida como a razão dos seus cidadãos que compartilham status de cidadania igual. Desse modo, segundo Rawls,

[...] os cidadãos defendem o ideal de razão pública não em consequência de uma barganha política, como num *modus vivendi*, mas em virtude de suas próprias doutrinas razoáveis. ¹⁷

Segundo observa Gisele Cittadino¹⁸:

O consenso justaposto tem a principal finalidade de garantir a estabilidade para a justiça como imparcialidade. É precisamente aqui que o liberalismo de Rawls se evidencia claramente. Dado o fato do pluralismo, apenas um ponto de vista político liberal pode garantir a estabilidade da justiça como imparcialidade, pois o apoio que ela necessita só pode ser obtido apelando-se para a razão dos cidadãos comprometidos com diferentes doutrinas compreensivas razoáveis, e não pela via de qualquer tipo de sanção ou outra forma de constrangimento.

Michael Walzer, por seu turno, alinhado a uma perspectiva comunitarista, dá destaque às construções culturais, e não às concepções individuais de bem. Com isso, confere prioridade à comunidade em relação ao indivíduo.

Walzer entende que somos iguais na medida em que nos reconhecemos mutuamente como seres humanos. Para ele o objetivo do igualitarismo político

¹⁵ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da Justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 25-26.

¹⁶ RAWLS, John. *Liberalismo Político*. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 179.

¹⁷ Op. cit., p. 267.

¹⁸ Op. cit., p. 104.

seria uma sociedade livre de dominação, e não apenas a redução de diferenças. E a dominação somente poderia ser resolvida com a distribuição de bens sociais a partir de razões distintas e internas, e não universais, como propõe Rawls.

Dessa forma, Walzer dá destaque para o caráter local e particular dos direitos, destacando que cada sociedade tem o seu conceito de bens sociais e uma visão específica sobre sua distribuição. Nesse sentido, ao contrário da teoria jusracionalista de Rawls, Walzer apresenta uma visão eminentemente histórico-culturalista.

Conforme esclarece o autor¹⁹:

Os princípios de justiça são em si mesmos plurais em sua forma, bens sociais distintos deveriam ser distribuídos por razões distintas, por procedimentos diferentes e agentes distintos; e todas estas diferenças derivam da compreensão dos bens sociais, os quais são produtos inevitáveis do particularismo histórico e cultural.

Não haveria, nessa perspectiva, um critério decisivo e único a partir do qual tais distribuições pudessem ser controladas. A Justiça, dessa forma, é sempre singular e de caráter histórico. Não há um conjunto de bens básicos ou primários aplicável para todos os mundos morais e materiais.

Uma de suas principais contribuições é a distinção feita entre igualdade simples e igualdade complexa.

Na igualdade simples haveria uma situação inicial em que todos os integrantes da comunidade estão em situação de igualdade, por exemplo, em uma situação em que todos têm a mesma quantidade de dinheiro e todos os bens estão à venda. Mas, para Walzer, em pouco tempo as distinções estariam novamente estabelecidas, em consequência das diferenças que existem naturalmente entre os próprios indivíduos. Assim, a igualdade simples exigiria uma contínua intervenção estatal para restringir eventuais monopólios ou predomínios.

A igualdade complexa seria uma forma distinta de igualdade, adequada à complexidade das distribuições. Nesse caso, os bens sociais seriam possuídos de maneira monopolista e não poderiam ser convertidos de maneira geral. Haveria, então, uma infinidade de pequenas desigualdades, mas que não seriam multiplicadas pelo processo de conversão, com

monopólios locais sustentados por diferentes grupos de pessoas.

O problema, desse modo, não estaria na existência de ricos e pobres, mas na possibilidade de os ricos imporem a outros a pobreza (submissão). A igualdade complexa seria, assim, uma forma de garantir a diferença e controlar, ao mesmo tempo, a dominação e a subordinação.

Walzer sustenta que a igualdade complexa abriria espaço para formas mais amplas e particularizadas de conflito social. Em suas próprias palavras²⁰:

[...] a igualdade é uma relação complexa de pessoas regulada pelos bens que fazemos, compartilhamos e trocamos entre nós mesmos; não é uma identidade de possessões. Ela requer, então, uma diversidade de critérios distributivos que reflitam a diversidade dos bens sociais.

Dessa forma a justiça seria sempre relativa, em face dos diversos significados sociais. Essa visão poderia ser sintetizada na fórmula “bens diversos a grupos diversos de pessoas, de acordo com razões diversas”. Ou seja, a justiça passa necessariamente pelo reconhecimento da autonomia das distribuições e pelo reconhecimento de resultados diferentes para indivíduos diferentes, em esferas diferentes.

Isso não significa, contudo, que não possa haver aspectos comuns relativos ao conceito de justiça em comunidades diversas. Conforme observa Gisele Cittadino²¹:

Com efeito, ainda que reconheça a existência desta moralidade mínima comum à espécie humana, o particularismo de Walzer não lhe permite vê-la como uma moralidade independente, pois ela simplesmente revela a existência de uma justaposição de aspectos comuns das moralidades ‘densas’. Esta moralidade mínima seria uma espécie de ‘consenso justaposto’, na medida em que representa a justaposição de regras e princípios que serão compartilhados por diferentes culturas, em diferentes lugares. Entretanto, ao contrário do consenso justaposto em Rawls, que legitima uma concepção de justiça, esta justaposição de princípios comuns não pode tomar o lugar de uma moralidade densa, na medida em que a eficácia social de tais princípios vai depender da forma como sejam interpretados no interior de sistemas culturais ‘densos’. Não se pense, de outra parte, que este mínimo precede o máximo, pois isto seria supor a existência de um ponto de partida imparcial

¹⁹ WALZER, Michael. *Esfemas da Justiça*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003, p. 19.

²⁰ Op. cit., p. 31.

²¹ Op. cit., p. 119.

a partir do qual as diferentes culturas morais se desenvolveriam.

Vê-se, assim, que enquanto Rawls privilegia a liberdade, vez que confere primazia à autonomia dos cidadãos, vislumbrada na “posição original”, Walzer prestigia a soberania popular, enquanto participação ativa dos cidadãos nos assuntos públicos.

Não se quer dizer com isso que determinados compromissos comunitários possam justificar a violação de direitos humanos fundamentais, na medida em que há uma concepção de bem incorporada por todas as sociedades democráticas contemporâneas.

A principal diferença reside em que, enquanto para Rawls os direitos fundamentais residem na capacidade moral dos indivíduos, para Walzer os direitos fundamentais expressam a vontade e a autonomia da comunidade sobre o que os indivíduos naturalmente são.

A partir dessas diferentes perspectivas é que analisaremos o sistema de previdência social brasileiro, estabelecido na Constituição Federal de 1988 e objeto de sucessivas reformas, e que constitui um dos instrumentos mais efetivos de justiça distributiva e social em nosso País.

5 A Ordem Social e os direitos sociais na Constituição de 1988

Ao lado de outros valores como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento e a igualdade, a justiça é um bem almejado desde o preâmbulo da nossa Constituição Federal. Todo o arcabouço jurídico-constitucional tem como objetivo último a afirmação desses valores no seio da sociedade brasileira, com amplo destaque para a justiça social, sem o que o bem-estar, o desenvolvimento e a igualdade (em sentido material) não seriam atingíveis.

Embora seja possível extrair essa conclusão apenas do preâmbulo constitucional, optou-se por expressá-la com clareza solar no art. 3º da Constituição. Definiu-se, então, que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos.

Não seria possível almejar qualquer desses objetivos sem a realização das justiças distributiva e social, ou seja, sem que haja a redistribuição efetiva de riquezas entre os mais e os menos favorecidos.

Justifica-se, assim, a existência de um título dedicado integralmente à Ordem Social (Título VIII) e um amplo rol de direitos sociais (arts. 6º a 11), visto que o que se busca é a implantação de um Estado Social de Direito, distante do individualismo e neutralismo que prevaleceram durante o Estado liberal.

A esse respeito assevera José Afonso da Silva²²:

Os regimes constitucionais ocidentais prometem, explícita ou implicitamente, realizar o Estado Social de Direito, quando definem um capítulo de direitos econômicos ou sociais. Expressas são as Constituições da República Federal Alemã e da Espanha, definindo os respectivos Estados como sociais e democráticos de Direito. [...]

O certo, contudo, é que a Constituição não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.

É certo que a justiça tem íntima relação com o conceito de igualdade, conforme explicitado nos capítulos anteriores, às vezes expressa como igualdade aritmética (no caso da justiça comutativa), às vezes como igualdade proporcional (no caso das justiças distributiva e social).

E o princípio da igualdade mereceu igualmente também a guarida da Constituição, que em seu art. 5º, inciso I, externaliza que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

A doutrina comumente identifica nesse preceito tanto a igualdade formal quanto a igualdade material, visto que sem esta não seria possível atender às promessas feitas pela Constituição no sentido de redução das desigualdades.

É o que ressalta mais uma vez José Afonso da Silva²³:

Aristóteles vinculou a ideia de igualdade à ideia de justiça, mas, nele, trata-se de igualdade de justiça relativa que dá a cada um o seu, uma igualdade – como nota Chomé – impensável sem a desigualdade complementar que é satisfeita se o legislador tratar de maneira igual os iguais e

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 115 e 120.

²³ Op. cit., p. 212.

desigual os desiguais. [...] Essa verificação impôs a evolução do conceito de igualdade e de justiça, a fim de se ajustarem às concepções formais e reais ou materiais.

Como se vê, o conceito de igualdade formal aproxima-se do conceito de igualdade matemática, e o de igualdade material, do de igualdade proporcional.

Outra distinção que usualmente se faz, e que guarda relação com essa, é a feita entre direitos fundamentais de primeira e de segunda geração (ou dimensão, como preferem alguns), agora com enfoque maior no aspecto histórico de determinados direitos.

Os direitos fundamentais de primeira geração correspondem aos direitos civis e políticos, que emergiram no contexto da Revolução Francesa, no século XVIII. São direitos de resistência e oposição ao Estado, também referidos como “liberdades negativas”.

Sobre os direitos de segunda geração explana Paulo Bonavides²⁴:

Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos de primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. [...]

[...] uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.

A influência da Constituição de Weimar se fez presente na Constituição de 1934, com a inserção de uma série de princípios até então ignorados pelo direito constitucional positivo brasileiro, com intensa preocupação com o aspecto social. Essa influência continuou sendo sentida nos anos seguintes, apenas interrompida pelo golpe militar de 1964.

A influência do constitucionalismo alemão do século XX se projetou também sobre a Constituição de 1988, embora de forma mais indireta do que ocorreu com a Constituição de 1934.

Nesse sentido afirma Paulo Bonavides²⁵:

A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma

Constituição do Estado social. [...] Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e antiestado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no poder.

Indiscutivelmente a Constituição de 1988 conferiu uma importância sem precedentes aos direitos sociais, não vistas nas Constituições anteriores, a partir da Carta de 1934, colocando-os no mesmo patamar dos direitos e garantias individuais.

Nesse contexto, o princípio da igualdade aparece indissociável do conceito de Estado Social. Deixa de ser a igualdade jurídico-formal do liberalismo para se converter na igualdade material compatível com o novo papel do Estado. Longe da neutralidade pretendida anteriormente, a igualdade passa a exigir um esquema de repartição dos bens na sociedade.

Apregoa, assim, Eros Roberto Grau²⁶:

A ordem econômica (mundo do dever ser) produzida pela Constituição de 1988 consubstancia um meio para a construção do Estado Democrático de Direito que, segundo o art. 1º do texto, o Brasil constitui. Não o afirma como Estado de Direito Social – é certo – mas a consagração dos princípios da participação e da soberania popular, associada ao quanto se depreende da interpretação, no contexto funcional, da totalidade dos princípios que a conformam (a ordem econômica), aponta no sentido dele.

[...] À busca da realização do bem-estar a Constituição apresta a sociedade e o Estado, busca que se há de empreender não em nome ou função de uma ideologia, mas como imposição de determinações históricas que são mais do que ideológicas. O alcance do bem-estar é, historicamente, o mínimo que tem a almejar a sociedade brasileira.

Nesse cenário a Previdência Social surge como um mecanismo de proteção do trabalhador contra riscos sociais, prevenindo situações de injustiça decorrentes da desigualdade natural existente na relação entre empregado e empregador. Sobre esse instrumento de intervenção estatal que passaremos a nos deter, daqui em diante.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 564.

²⁵ Op. cit., p. 371.

²⁶ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 266.

6 Previdência Social

6.1 Contexto histórico

O grande marco do surgimento da previdência social no mundo data de 1883, na Alemanha, com a implantação dos seguros sociais. O desenvolvimento da grande indústria em alguns países da Europa havia provocado graves problemas sociais, ganhando corpo o movimento socialista, que por volta de 1878 ameaçava a estabilidade política do Império.

É o que relata Juliana Presotto Pereira Netto²⁷:

A expansão do Partido Social Democrático e suas táticas violentas acarretaram primeiramente uma política repressiva, com a declaração de ilegalidade do partido, proibição de reuniões e perseguição de chefes. No entanto, compreendendo que a simples política repressiva não bastava, Bismark – então chanceler do governo imperial de Guilherme I – colocou-se numa atitude defensiva, de acolher e praticar alguns dos princípios postulados pelo socialismo.

Bismark instituiu então o seguro social em caráter geral e obrigatório de forma pioneira, no que acabou sendo seguido por outros países. Desse modo, no período entre as duas grandes guerras mundiais, se percebe notável expansão geográfica da previdência social, atingindo até mesmo os países liberais mais ferrenhos. O período pós Segunda Guerra Mundial, na sequência, foi marcado pela universalização do acesso à previdência e pela ampliação qualitativa dos benefícios.

Destaque-se a inserção da previdência social na pauta da Organização Internacional do Trabalho – OIT desde a sua criação, produzindo documentos sobre o tema nitidamente inspirados no sistema alemão. Digno de nota, igualmente, a menção à proteção previdenciária constante do art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela Assembleia Geral da ONU, em 1948.

Os países da América Latina, de uma forma geral, começaram a instituir seguros obrigatórios a partir do século XX. No Brasil considera-se como marco inicial da Previdência Social a Lei Elóy Chaves, editada em 1923, destinada aos servidores das Estradas de Ferro.

Antes disso apenas se consegue identificar medidas isoladas, que atendiam a uma ou outra

categoria de trabalhadores, mas com limites geográficos muito restritos. Em geral, tais normas visavam atender apenas aos servidores públicos, a exemplo da regra constante da Constituição de 1891, primeira a se referir à aposentadoria destinada “aos funcionários públicos em caso de invalidez a serviço da Nação” (art. 75).

No Brasil o movimento operário começou a se organizar entre o final do século XIX e começo do século XX, em que pleitos por melhoria de condições de trabalho traziam constantemente consigo a preocupação com medidas de proteção social. Entre as demandas esteve sempre presente a introdução da previdência social, à custa do Estado, dos empregadores e dos trabalhadores.

Após muita perseguição às organizações operárias e aos seus líderes, Arthur Bernardes sinalizou uma “trégua” e editou diversos decretos instituindo a previdência social para um grupo cada vez maior de trabalhadores, o que continuou a ser ampliado pelas décadas seguintes.

A Constituição de 1934 foi a primeira a cuidar da proteção social como obrigação do Estado, inclusive com previsão de contribuição tripartite. A expressão “previdência social” só surgiria na Carta de 1946, elencando como riscos sociais a doença, a velhice, a invalidez e a morte.

O tema foi retomado com renovado vigor com a Carta Cidadã de 1988, que trouxe uma estrutura completa de seguridade social, integrada pela saúde, assistência social e previdência social. É sobre ela que nos debruçaremos agora.

6.2 Previdência Social na Constituição de 1988

A previdência social foi inserida na Constituição no quadrante que cuida da Seguridade Social, dentro do espectro que envolve a Ordem Social, mais especificamente em seu Título VIII, Capítulo II, Seção III.

Sob a denominação previdência social reúnem-se o regime geral, os regimes próprios e o regime complementar de previdência, mencionados, respectivamente, nos arts. 201, 40 e 202.

Recebem, os dois primeiros, também a denominação de regimes básicos de previdência social. Isso porque destinados à proteção elementar do trabalhador, diante dos inúmeros riscos sociais a que está exposto. E, justamente por cuidar dessa proteção essencial, revestem-se de caráter obrigatório e público, herança do bem-sucedido modelo proposto por Bismarck.

²⁷ NETTO, Juliana Presotto Pereira. *A Previdência Social em Reforma: O Desafio da Inclusão de um maior número de Trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2002.

O regime geral destina-se aos trabalhadores da iniciativa privada, enquanto os regimes próprios são voltados para os servidores públicos. Cumpre registrar que está em curso um processo de aproximação entre esses dois regimes, iniciado com a Emenda Constitucional 20/1998 e que teve como último ato a edição da Lei 12.618/2012, de forma que os servidores que ingressarem no serviço público federal a partir da data de instituição do novo regime estão igualmente submetidos ao teto do regime geral.

Como já mencionado, os regimes geral e próprios possuem caráter eminentemente público, enquanto o regime de previdência se reveste com o manto do regime privado. É o que está expresso no *caput* do art. 202.

A principal justificativa para isso é o fato de a previdência complementar se voltar para uma proteção que suplanta o básico, indispensável para preservação da dignidade do trabalhador. Daí decorre também o seu caráter facultativo e contratual, a sinalizar um nível menor de intervenção do Estado nessa seara.

É o que observa com acuidade o Professor Wagner Balera²⁸:

[...] a previdência social é compulsória, instituída *ope legis*, e protege mesmo aqueles que nela não confiam ou que nela não acreditam (desde que atuem em conformidade com o ordenamento jurídico).

Por seu turno, a previdência complementar é de índole contratual, negocial, engendrada e arrumada pelos interessados, constituída de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social.

No negócio jurídico previdenciário de que aqui se cuida vigora o magno princípio da autonomia privada. [...]

As partes podem decidir, desde que capazes para contratar, sem qualquer tutela, a extensão, os limites e os efeitos do negócio jurídico que engendram entre elas e que somente a elas diz respeito.

Note-se que, enquanto alguns países adotam um modelo de previdência privada substitutivo ou concorrente com o regime básico, no Brasil optou-se por um modelo complementar. A previdência privada tem, assim, papel nitidamente distinto daquele desempenhado pelo regime geral.

Outra diferença significativa refere-se à forma de gestão dos recursos. Ao regime geral aplica-se o regime de repartição, de forma que os recursos amealhados são utilizados para o pagamento de benefícios no mesmo exercício. Com isso prestigia-se a solidariedade intergeracional, vez que os ativos custeiam a aposentadoria dos inativos, tendo estes já realizado sua contribuição para o sistema.

O regime complementar, ao contrário, submete-se ao regime de capitalização, conforme comando igualmente inscrito no *caput* do art. 202 da Constituição. Implica dizer que as contribuições do participante são recolhidas ao longo de sua vida laboral, de forma a custear os respectivos benefícios, quando de sua aposentadoria.

Necessário dizer, porém, que há arranjos que prestigiam algum nível de mutualismo entre os participantes, como os planos de benefício definido ou de contribuição variável (vide arts. 2º e 4º da Resolução CGPC 16/2005). Esse mutualismo, contudo, ficará sempre limitado àqueles que optaram por aderir ao mesmo plano de benefícios.

Não se pode esquecer que os arranjos privados voltados para a proteção de riscos sociais precedem em muito a intervenção direta do Estado nessa seara. No Brasil cumpre-nos mencionar que a primeira entidade de previdência privada formalmente constituída, a MONGERAL, data de 1835, cerca de noventa anos antes do início da organização da previdência pública por meio das caixas de aposentadoria e pensões.

É evidente, por outro lado, que o fortalecimento da previdência pública tende a reduzir o tamanho e o papel da previdência privada. À medida que há a proteção básica torna-se maior haverá cada vez menos incentivos para que se busque uma proteção complementar.

Isso explica até certo ponto porque na Constituição de 1988, repleta de benefícios previdenciários garantidos pelo Estado, muitos garantidos mesmo sem nenhuma contrapartida, pouco se preocupou com a regulação da previdência privada.

Essa preocupação apenas foi emergir, em ambiente constitucional, com a EC 20/98, que deu início a um processo de “redução” da previdência pública e, paralelamente, buscou fortalecer o papel da previdência privada como mecanismo de proteção oferecido ao trabalhador, na forma atualmente prevista no art. 202.

²⁸ BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014, pp. 126-127.

Ressalta, porém, Juliana Presotto Pereira Netto que²⁹:

[...] a previdência privada só deve existir em caráter complementar, na medida em que é inerente a ela o risco na acumulação de reservas e, portanto, esse não pode ser o princípio norteador do sistema previdenciário como um todo, o qual deve manter seu caráter eminentemente social, voltado para o enfoque de redistribuição de renda, gerido pelo Estado, com suas garantias e reservas técnicas. Nada obsta, porém, a que sejam incentivados mecanismos de previdência complementar para aqueles que, já tendo garantido um mínimo necessário, possam ainda assumir um risco com vistas à complementação de suas rendas.

Embora expresso o caráter não concorrencial da previdência privada no Brasil (relativamente aos regimes públicos), é inegável a pressão pela redução do tamanho da previdência social, com base em questionamentos relacionados à sustentabilidade fiscal, não sendo incomum ouvir-se falar que está em curso um processo de “privatização” da previdência. Essa é a visão expressa, por exemplo, de José Corrêa Villela³⁰:

Esse processo de reforma, no caso da previdência social e em um contexto maior, teve início no Chile em 1980, passando pelo Peru em 1992 e na Argentina em 1993. No modelo sugerido pelo Banco Mundial três regras básicas deveriam orientar as reformas: uma pensão básica para todos os cidadãos em nível de pobreza, um modelo capitalizado privado obrigatório com gestão privada do capital financeiro e um sistema de poupança livre também capitalizado.

A questão principal que se coloca é até onde poderia ser reduzido o nível de proteção básico oferecido pelo Estado, sem que haja a violação da Constituição ou, quando advinda de Emenda Constitucional, sem que cláusulas pétreas sejam violadas, vez que de direito fundamental é que se trata.

Veremos em que medida os conceitos e teorias sobre a Justiça outrora desenvolvidos podem contribuir com essa discussão.

6.3 Previdência Social e justiça

Parece-nos, inicialmente, que a previdência básica e a previdência complementar atendem a diferentes espécies de justiça. Se não há dúvidas de que a previdência básica visa atender a princípios da justiça distributiva e social, a previdência privada volta-se primordialmente para a justiça comutativa.

Pelo menos no formato adotado pela legislação brasileira, é possível dizer que não é objetivo da previdência privada promover, de qualquer forma, a redistribuição de bens e riquezas. Não possuindo caráter obrigatório, e considerando sua característica eminentemente contratual, o que pretende a previdência privada é que os recursos nela depositados sejam bem geridos e, ao final, seja destinado ao participante assistido apenas o que lhe é contratualmente devido.

A princípio, portanto, a previdência privada não comporta regras que visem atender a um determinado grupo de participantes em detrimento de outros. A igualdade que se busca aqui é a igualdade formal, por meio da subsunção a regras que coloquem os participantes, que aderiram ao mesmo regulamento, em condições semelhantes.

Isso não significa deixar de reconhecer a importante função social dessa espécie de contrato, como, aliás, acontece hoje amplamente no seio do Direito Privado (art. 421, Código Civil).

Tampouco pretende-se afirmar, com isso, que a previdência privada seja menos importante do que a previdência pública. Têm elas apenas papéis distintos e atendem a espécies de justiças diferentes.

A função de distribuição de renda, com a consequente imputação de responsabilidade maior para determinados segmentos, é característica própria da previdência pública. É o que registra Juliana Presotto Pereira Netto³¹:

Desta maneira, é em virtude das diversas manifestações de solidariedade que a previdência social redistribui renda, na medida em que alguns recebem mais do que deram e vice-versa [...]. Destarte, embora possa não ser esta sua função principal, a previdência contribui para o processo de redução ou, ao menos, de não agravamento das desigualdades sociais e econômicas, figurando como fator de equilíbrio social, o que parece ser uma opinião unânime, defendida entre outros por Celso Barroso Leite e Luiz Paranhos Velloso, Carlos A. R.

²⁹ NETTO, Juliana Presotto Pereira. *A Previdência Social em Reforma: O Desafio da Inclusão de um maior número de Trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2002, p. 161.

³⁰ VILLELA, José Corrêa. Alguns pontos da “privatização” da previdência e da Lei Complementar n. 108/01, in *Previdência privada: doutrina e comentários à Lei Complementar n. 109/01*. Marcus Orione Gonçalves Correia, coordenador; José Corrêa Villela, organizador. São Paulo: LTr, 2004, p. 35.

³¹ Op. cit., p. 170.

Castro e João B. Lazzari, Marly A. Cardone, Wladimir Novaes Martinez, Alfredo J. Ruprecht, etc.

Enquanto mecanismo de redistribuição de renda, a previdência contribui não só para atender casos individualizados [...], como também pode conduzir a oportunidades de investimentos e de crescimento econômico, sendo muitas vezes apontada como fonte de subsistência de vários municípios no país.

Na previdência privada, dado o caráter limitado da solidariedade estabelecida entre participantes do mesmo plano, não há como se falar em justiça redistributiva ou social se não em caráter bastante estrito. O que predomina, nessa relação, é a justiça comutativa, voltada para o efetivo cumprimento do contrato celebrado. Ou seja, o que se busca é “dar a cada um o que é seu”, basicamente.

Atendo-nos apenas à vertente distributiva e social da previdência, impõe-se agora as seguintes questões: 1) é possível afirmar, na perspectiva de Rawls e Walzer, que a existência de uma previdência pública é um imperativo de justiça? 2) existe um modelo de previdência (baseado em três pilares, por exemplo) que atenda à visão de justiça distributiva e social expressa por esses dois teóricos? e 3) pode-se ainda, a partir dessas duas perspectivas, estabelecer-se um nível justo de proteção previdenciária a ser fornecido pela previdência pública?

Analisemos esses questionamentos primeiro a partir da visão de Rawls, com ênfase na primeira fase do seu pensamento, visto que as diferenças entre a segunda fase e a perspectivas comunitaristas tendem a ficar mais tênues com a apropriação de algumas críticas pelo autor de *Uma Teoria da Justiça*.

Imaginando-nos na “posição original”, sem sabermos se seremos trabalhadores ou empregadores na sociedade que advirá, é crível supormos que haveria anuência sobre a necessidade de existência de um sistema de proteção previdenciária.

Não iria desejar esse ator imparcial correr o risco de vir a trabalhar em condições precárias e sem nenhuma proteção, podendo ficar inválido a qualquer momento sem a percepção de benefício previdenciário algum.

Não é possível dizer, contudo, se haveria anuência sobre a forma de organização desse sistema, se pública ou privada. Talvez todos concordassem ao menos quanto à existência de um sistema básico, obrigatório, considerado o dado de que as pessoas tendem a não se preparar adequadamente para a sua aposentadoria, especialmente quando são mais jovens.

Mas se a gestão pública ou privada seria melhor para essa finalidade, não há como se afirmar nada *a priori*. Qualquer opção tenderia a partir de um pré-conceito sobre a qualidade das gestões pública e privada, não possível de ser aferido objetivamente.

Haveria, talvez, um consenso sobre a necessidade de que parte fosse gerida no modelo de repartição, considerando o papel redistributivo de renda inerente a esse modelo, e que outra parte fosse organizada no modelo de capitalização, a fim de enfrentar o problema da crescente longevidade.

Não vislumbramos, porém, como a teoria de Rawls pode dar resposta ao problema do nível adequado de proteção básica oferecido ao trabalhador. A princípio, parece-nos muito difícil estabelecer um nível adequado de proteção a partir de um debate “racional”, desconectado das experiências e dos valores sociais e individuais.

A teoria do Rawls, entretanto, pode servir para respaldar ações que visem a implantar sistemas previdenciários semelhantes em vários países, a pretexto de se estar buscando o sistema mais “racional” e “sustentável”. Nesse sentido, tal teoria guarda plena sintonia com a tentativa do Banco Mundial de defender uma pensão básica mínima ao lado de um amplo pilar capitalizado e obrigatório.

A teoria de Michael Walzer, de outro lado, prestigia principalmente o caráter local e particular dos direitos. Não faria sentido, na perspectiva de Walzer, a busca racional por um modelo único de previdência social, aplicável a distintas sociedades.

Nessa visão, o debate deveria ser feito a partir do contexto histórico-cultural específico, não havendo razões para se buscar em outros países o modelo “correto” a ser implementado no Brasil.

Evidente que o Brasil compartilha com outros países, de constituição democrática, a cultura de prestígio a determinados direitos fundamentais, entre os quais aqueles relacionados à proteção do trabalho e à previdência social. Mas, a partir dos documentos internacionais aos quais o Brasil aderiu, apenas se pode afirmar que deve existir um sistema de previdência e que ele deve ser o mais abrangente possível.

Nesse aspecto, inclusive, a resposta tenderia a ser semelhante à obtida a partir de Rawls: deve haver uma previdência, de caráter obrigatório ao menos quanto à proteção básica, e tanto quanto possível oferecida a possibilidade de se complementar a proteção por meio de um sistema capitalizado.

A diferença é que, para Rawls, a legitimidade desse sistema de previdência instituído residiria no exercício racional feito por atores imparciais. Já para Walzer a legitimidade desse sistema seria indissociável do histórico de lutas dos trabalhadores, em âmbito internacional e nacional, como reação à exploração exacerbada da mão de obra promovida pelo sistema capitalista no Estado Liberal.

O mesmo pode-se dizer com relação às demais questões suscitadas, acrescentando-se que a teoria comunitarista de Walzer levar-nos-á naturalmente a questionar o modelo adequado de previdência (gestão pública ou privada) e o nível adequado da proteção básica a partir de razões internas, e não a partir de um exercício abstrato de racionalização.

Essa visão, portanto, acaba por rejeitar as tentativas de imposição de um modelo único, admitindo que cada comunidade estabeleça um sistema adequado às suas necessidades e construído a partir da sua própria experiência e do seu próprio conceito de justiça.

A visão de Rawls parece, ademais, minimizar a importância das conquistas sociais obtidas por meio das lutas dos trabalhadores, buscando a sua legitimidade em um processo de racionalização alheio às lutas de classes que justificaram a implantação do sistema de previdência social tal como ele é hoje.

7 Conclusão

A proteção ao direito à previdência social encontra fundamento, além do texto positivado, também nas concepções de justiça comutativa, distributiva e social. A primeira, no tocante à previdência privada; as duas últimas, quanto à previdência pública básica (regime geral e regimes próprios).

No que se refere especificamente à previdência básica, é possível buscar respaldo para sua existência e preservação também nas teorias de John Rawls e de Michael Walzer. Em uma, em decorrência de um processo de racionalização; em outra, como fruto do processo histórico de luta dos trabalhadores pelas melhorias das condições de trabalho.

A perspectiva de Rawls, contudo, dada a sua pretensão à “universalização”, pode permitir sua utilização para legitimar a defesa de modelos semelhantes, válidos para distintas comunidades, embora expostas a experiências e necessidades distintas, a exemplo do modelo dos Três Pilares defendido durante anos pelo Banco Mundial.

Nesse aspecto, em especial no tocante ao modelo de gestão da previdência básica e quanto ao nível adequado dessa proteção, a visão de Walzer contempla mais facilmente a existência de diferentes modelos, construídos por cada comunidade segundo a sua própria concepção e por razões internas.

Além do mais, a valorização do aspecto histórico-cultural dos direitos, ressaltada pela teoria comunitarista de Walzer, evita que se dissocie o fundamento desses direitos da sua origem, umbilicalmente conectada à luta por melhores condições de trabalho travada pelo movimento operário, no Brasil e fora dele.

A tentativa de imaginar sujeitos imparciais, desconectados de suas realidades, que possam chegar a uma conclusão única quanto ao nível adequado de proteção básica a ser oferecido pela previdência social, pressupõe uma neutralidade impensável em um ambiente marcado pela tensão inerente à relação de trabalho. Uma visão, em síntese, desconectada da realidade.

Referências

- BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- _____. *Sistema de Seguridade Social*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo: Direito e Justiça Distributiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 80.
- DE VITA, Álvaro. *A justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: Editora Unesp, 2000.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- GARGARELLA, Roberto. *As teorias da Justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NETTO, Juliana Presotto Pereira. *A Previdência Social em Reforma: O desafio da inclusão de um maior número de trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2002.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

RAWLS, John. *Justiça como Equidade: Uma Reformulação*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

_____. *Liberalismo Político*. São Paulo: Editora Ática, 2000.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social: Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

A tributação como instrumento de proteção ambiental

Pedro Francisco da Silva*

Resumo

Este trabalho estuda as relações entre tributação e meio ambiente, propondo uma integração de valores e princípios de modo que as normas tributárias possam induzir comportamentos favoráveis à proteção ambiental. Tem como ponto de partida a constatação de que vivemos numa sociedade de risco, onde uma nova ética na relação do homem com o meio ambiente precisa ser construída, sob pena de grave comprometimento da sobrevivência das espécies. Esse desafio exige do jurista um esforço tendente à superação de aparentes antinomias no interior do sistema jurídico nacional, adotando-se os cuidados necessários a fim de que a inclusão da variável ambiental na tributação observe o regime constitucional em vigor.

Palavras-chave: Tributação. Meio ambiente. Ética. Sistema Tributário Nacional.

1 Introdução

Estado e Sociedade partilham o dever constitucional de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Nesse desiderato, devem socorrer-se de todos os instrumentos capazes de oferecer alguma utilidade na proteção ambiental, em quaisquer de seus aspectos.

A atividade de tributação pode ser um importante instrumento nesse caminho, porque se encontra perfeitamente integrada ao espaço de convivência entre os dois atores eleitos pelo legislador constituinte, além de diretamente relacionada com o fluxo de riquezas.

Entretanto, o diálogo entre princípios do Direito Tributário e do Direito Ambiental pode sofrer algumas interferências que acabam por obscurecer esse rico horizonte de possibilidades, exigindo uma reflexão tendente à superação das aparentes antinomias, a fim de revelar nesse campo de convivência teórica alguns instrumentos eficientes de proteção ambiental.

A tentativa de promover a interação entre as competências tributária e ambiental, estabelecidas

na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, pode revelar algumas incompatibilidades que precisam ser superadas, especialmente dado ao caráter analítico do Sistema Tributário Nacional, que tratou de especificar as competências tributárias conferidas aos entes federativos, circunscrevendo as espécies tributárias a um conjunto de regras objetivas, técnica que se reproduz nessa mesma perspectiva no plano das normas gerais em matéria de legislação tributária.

Pode-se ilustrar essa aparente antinomia quando se questiona sobre a aplicabilidade, no Direito Tributário, do princípio denominado *poluidor-pagador*, que numa concepção elementar traduz a idéia de que todo aquele que polui tem o dever de contribuir economicamente para a reparação do dano ambiental causado à coletividade, cuja utilização no Direito Ambiental é amplamente difundida.

Nessa hipótese, a reparação do dano assume uma natureza punitiva, ficando o poluidor obrigado a dispor de uma fração patrimonial para fazer face às despesas necessárias à recomposição do dano ambiental por ele causado, numa perspectiva indenizatória. Por outro lado, é possível que a conduta exigida para proteção do meio ambiente assumira uma natureza preventiva, mediante concretização de investimentos necessários para evitar a degradação ambiental, quando se tratar de atividades potencialmente poluidoras, o que de igual modo também significa dispêndio econômico-financeiro para aqueles que exercem as atividades econômicas daquela forma denominadas.

Neste ponto, impõe-se uma reflexão acerca da transposição acrítica do referido princípio, concebido nas sendas do Direito Ambiental, para o Direito Tributário, pois a ilicitude não pode ter abrigo na hipótese de incidência tributária, tendo em vista que o art. 3º do Código Tributário Nacional¹ conceitua tributo como uma prestação pecuniária que não constitua sanção de ato ilícito, distanciando-o da definição de penalidade.

Nota-se que o espaço para instituição de tributos com inspiração no princípio ambiental do *poluidor-*

* Juiz federal em Mato Grosso, doutorando em Direito pela PUCSP, mestre em Direito pela UFSC e professor da UFMT.

¹ BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.

pagador, na perspectiva do sistema tributário nacional, é bastante restrito, merecendo acurada cautela para não se incorrer em inconstitucionalidade. Entretanto, nem por isso se deve imaginar que não há espaço possível de convivência entre os princípios tributários e ambientais, o que se pode alcançar por meio de normas tributárias indutoras em matéria ambiental. Esse esforço não deve restringir-se às normas caracterizadoras de desestímulo de condutas, impondo-se a valorização daquelas que possam sugerir um incentivo para o comportamento desejado. Portanto, o problema não consiste propriamente na necessidade de instituição de *tributos verdes*, mas na potencialização do verde na tributação por meio de um conjunto de normas capazes de induzir comportamentos favoráveis à proteção do meio ambiente, definindo assim os contornos da cidadania fiscal sob inspiração de uma nova ética ambiental.

2 Sociedade de risco, ética e meio ambiente

Na medida em que o homem intensifica suas intervenções na natureza, utilizando-se dos avanços obtidos nos campos científicos e tecnológicos, ampliam-se paradoxalmente as possibilidades de riscos ambientais. Essa constatação, cada vez mais evidente, questiona e desafia os próprios conhecimentos que o ser humano julga possuir do espaço vital por ele ocupado no universo, confirmando a incômoda constatação de que todos os seres vivos estão submetidos ao mesmo risco de sobrevivência na terra, como adverte Carlos Eduardo Peralta Montero:

Os riscos ambientais são o resultado da relação do homem com o meio ambiente, são consequências da forma como o homem se apropria e utiliza o espaço da natureza e os seus recursos. Esses riscos são de caráter global e sinérgico, não respeitam as fronteiras nem as diferenças sociais e seus efeitos têm um caráter intemporal².

O modo como o ser humano conduz suas ações no seu entorno natural, preocupando-se apenas com o suprimento de suas necessidades vitais e impulsionando progressivamente o sistema produtivo, revela uma certa ausência de compromisso com a conservação do planeta. Essa atitude nada consequente afeta os pilares de sustentação planetários e constrói uma sociedade de risco que, embora tenha origem

remota, ganhou maior relevo a partir da revolução industrial na segunda metade do século XVIII.

Embora a pós-modernidade possa ser identificada como uma era dinâmica, com alta especialização científica e tecnológica, não se pode negar que o modelo de desenvolvimento vigente tende a observar exclusivamente a lógica do mercado numa incessante busca de alta produção e lucratividade, opção que se revela perigosa em vista do alto potencial de comprometimento dos recursos naturais, circunstância que exige uma urgente correção de rumos na trajetória adotada pelos humanos na terra, sem distinção de qualquer nível de desenvolvimento das comunidades, porque as ameaças cada vez mais graves ao meio ambiente e à sustentabilidade da vida econômica e social podem ser encontradas tanto em países ricos como em países pobres, como bem observa Amartya Sen³.

Estudiosos da natureza humana sugerem que

[...] a racionalidade técnico-científica desenvolveu um grau de patologia somática e psíquica em níveis individuais e coletivos, que levou tanto à degradação do meio natural quanto ao 'dilaceramento' da sociedade [...]⁴.

Quando se considera o fato de que indivíduo e sociedade convivem numa permanente simbiose, onde cada um é simultaneamente continente e conteúdo do outro, denota-se que esse sistema predatório tende a permanecer entre as gerações que se sucedem no tempo, enquanto a consciência humana não se deixar abastecer por um conteúdo ético capaz de oferecer instrumentos para reversão desse processo conjunto de destruição.

Não se pretende afirmar com isso que os problemas ambientais sejam exclusivamente éticos, sem nenhuma repercussão econômica, tecnológica ou de quaisquer outros matizes, mas apenas pontuar que a degradação ambiental envolve valores moralmente relevantes, derivados de falhas da moralidade humana na relação com o seu meio circundante. É de se esperar que o despertar das virtudes éticas, posicionadas no centro da moralidade humana, seja capaz de induzir a prática de bons hábitos ou ao menos a disposição para um comportamento capaz de produzir as melhores

² MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. *Tributação ambiental: reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 341.

³ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 9.

⁴ NINIS, Alexandra Bortoni; BILIBIO, Marco Aurélio. *Homo sapiens, homo demens e homo degradandis: a psiquê humana e a crise ambiental*. *Psicologia & Sociedade*, 24(1), 46-55.

consequências na relação do homem com o meio ambiente, assim como observa Dale Jamieson:

Possuir uma virtude não envolve apenas a disposição de agir de uma maneira particular mas também a habilidade de identificar casos em que a virtude é aplicável, ter as emoções e as atitudes adequadas, agir pelas razões corretas e assim por diante⁵.

No exercício da ética do sujeito responsável, no dizer de Edgar Morin⁶, não significa que as finalidades humanas sejam impostas universalmente a cada cidadão, posto que ética não é algo que se impõe. Cada um terá de realizar por si mesmo a escolha de seus valores e ideais, praticando assim a autoética. Não obstante, Estado e Sociedade não podem se omitir no cumprimento de suas funções, permitindo a utilização irracional dos recursos naturais sem nenhum compromisso com a sustentabilidade do planeta, assistindo passivamente a submissão das presentes e futuras gerações a um estado de carência que inevitavelmente conduzirá à extinção de todas as formas de vida.

Em busca de um novo paradigma para a justiça ambiental, todos os esforços devem ser potencializados no interior dos sistemas forjados pela vida em sociedade, de modo a construir soluções para os urgentes problemas ecológicos. Nesse contexto, o sistema jurídico, e especialmente o tributário, pode exercer importante protagonismo, influenciando positivamente na preservação ambiental, mediante a edição de normas jurídicas tributárias indutoras de comportamento ambiental situadas no subsistema constituído pela afluência dos princípios constitucionais tributários e ambientais.

3 Inclusão da variável ambiental na tributação

Todo trabalho científico deve estar atento à necessidade de se estabelecer uma conexão de saberes, pois ninguém faz ciência isoladamente. Eventuais recortes efetivados para estudos localizados são necessários, mas devem ser tratados exclusivamente como estratégias metodológicas que permitirão visualizar a completude do objeto com maior precisão e profundidade.

Essa realidade não se dissolve no campo da investigação jurídica, onde se reconhece que o sistema é unitário, embora composto por diversos ramos ou ciências autônomas, que nunca perdem suas conexões, mesmo que umas delas sejam mais intensas e outras mais tênues. Nessa perspectiva, a tributação oferece um rico universo de possibilidades para inclusão da variável ambiental, de modo que as normas jurídicas tributárias, imantadas pelos valores e princípios constantes do sistema constitucional de proteção ambiental por força de um diálogo construtivo, ganhem potencialidade como instrumento normativo para indução de comportamentos favoráveis à proteção ambiental por parte dos contribuintes.

Uma articulação de princípios nessas áreas do conhecimento se faz necessária a bem do cumprimento do preceito constitucional que impõe ao Estado e à Sociedade a responsabilidade de defender e preservar o meio ambiente, com a finalidade de assegurar a sua sustentabilidade presente e futura.

3.1 Articulação principiológica

Torna-se cada vez mais premente a necessidade de aprofundar os debates que convergem para a temática da proteção ambiental, especialmente aqueles que procuram coordenar medidas e reunir esforços no sentido da efetivação do comando constitucional que impõe ao poder público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, de modo a atender ao que dispõe o art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil.⁷

O preceito constitucional referenciado estabelece que Estado e Sociedade devem construir instrumentos eficazes para a proteção ambiental, competindo-lhes promover uma articulação das mais diferentes áreas do conhecimento científico, superando aparentes contradições e incompatibilidades dos sistemas, a fim de alcançar o propósito maior almejado pelo legislador constituinte. Nesse esforço intelectual, não se pode negar aprioristicamente nenhuma possibilidade de convivência entre os diversos ramos do conhecimento, mas ao contrário, há de se reconhecer as identidades que possam entrelaçá-los, tarefa que se torna um pouco mais amena ao jurista quando opera no horizonte de um mesmo sistema, qual seja, aquele

⁵ JAMIESON, Dale. *Ética & meio ambiente: uma introdução*. Tradução de André Luiz de Alvarenga. São Paulo: Editora SENAC, 2010, p. 139.

⁶ EDGAR, Morin, et al. *Ética, solidariedade e complexidade*. São Paulo: Palas Athena, 1998, p. 67.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 78.

instaurado pela Constituição da República Federativa do Brasil em vigor.

O desafio que se apresenta tem origem na necessidade de se promover uma conjunção entre o Direito Tributário e o Direito Ambiental, dois ramos autônomos da ciência jurídica, que embora situados no campo do direito público, conforme clássica divisão didática do Direito, guardam particularidades aparentemente inconciliáveis. Nesse desiderato, urge reconhecer suas identidades bem como solucionar aparentes incompatibilidades entre seus institutos, de modo a revelar as possibilidades de utilização da tributação como forma de proteção ambiental.

Helena Tavares Tôres observa que, no plano constitucional, a relação entre Estado e ambiente

[...] é definida a partir de normas de competência atributivas do dever de preservação e controle sobre ações públicas e particulares que tenham algum potencial de dano ou prejuízo [...].⁸

Nessa perspectiva, o legislador brasileiro possui um vasto campo de possibilidades para eleição de políticas públicas nas quais novos instrumentos de proteção ambiental poderão ser gestados a partir da premissa do estímulo ou desestímulo de determinadas atividades econômicas, materializando o que Luis Eduardo Schoueri⁹ denomina de *normas tributárias indutoras em matéria ambiental*.

Nessa perspectiva, a tributação surge como uma aliada privilegiada da proteção ambiental, exatamente porque referida função estatal acompanha o fluxo da atividade econômica, reconhecido que o Estado não possui o monopólio da produção de riquezas, que fora relegada preponderantemente à iniciativa privada, pelo princípio da livre iniciativa, em cuja seara os recursos para a consecução das finalidades públicas são captados. Para além dessa constatação, observa-se que a tributação encontra-se cada vez mais entrelaçada com os direitos fundamentais da pessoa humana, porquanto não se pode negar que a concretização destes, em grande proporção, depende de recursos advindos da receita tributária, como observa Regina Helena Costa:

⁸TÔRES, Helene Tavares. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental – os limites dos chamados “tributos ambientais”. In: TÔRES, Helene Taveira. (org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 98.

⁹SCHOUERI, Luis Eduardo. Normas tributárias indutoras em matéria ambiental. In: TÔRES, Helene Taveira. (org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 235.

Consideramos importante remarcar que a compreensão do Direito Tributário, cada vez mais, está voltada à preocupação concernente à adequação da tributação ao exercício de direitos fundamentais. De fato, universalmente vem se afirmando uma visão humanista da tributação, a destacar que essa atividade estatal não busca apenas gerar recursos para o custeio de serviços públicos mas, igualmente, o asseguramento do exercício de direitos públicos subjetivos.¹⁰

Assim como escrevem Breno Ladeira Kingma Orlando e Daniel Mariz Gudiño observam,

[...] a velocidade do desenvolvimento econômico impõe que os recursos naturais sejam utilizados em volumes exponenciais, o que, invariavelmente, implica desequilíbrios ambientais [...].¹¹

circunstância que evoca e sobreleva o conceito de desenvolvimento sustentável, diante do reconhecimento de que o atendimento das necessidades presentes não pode comprometer as das gerações futuras.

Na medida em que se compreende essa realidade torna-se imperativa uma tomada de consciência no sentido de que o processo de desenvolvimento não pode seguir o seu curso sem a interferência de alguns mecanismos de controle que operem na base de sua externalidade, seja positiva ou negativa, entendida esta categoria com assento no Direito Econômico como

[...] custos e ganhos da atividade privada que, em virtude de uma falha do mecanismo de mercado, são suportados ou fruídos pela coletividade, no lugar daquele que os gerou [...].¹²

No domínio ambiental, geralmente a externalidade negativa resulta da materialização das atividades poluidoras, num movimento que favorece economicamente o causador do dano, que poderá praticar preços mais competitivos no mercado, por exemplo, ampliando assim a sua lucratividade, com a transferência do passivo ambiental para a

¹⁰ COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

¹¹ ORLANDO, Breno Ladeira Kingma e GUDIÑO, Daniel Mariz. Instrumentos Tributários e financeiros utilizados no Brasil para a proteção ao Meio Ambiente: uma análise crítica. In: ORLANDO, Breno Ladeira Kingma et al. (org.). *Direito tributário ambiental*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, p. 79.

¹² SCHOUERI, Luis Eduardo. Normas tributárias indutoras em matéria ambiental. In: TÔRES, Helene Taveira. (org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 236.

coletividade. Por outro lado, a externalidade positiva pode se fazer presente quando uma empresa exige de seus fornecedores a observância de boas práticas ambientais, o que nem sempre pode resultar em aumento de sua lucratividade, concluindo Luis Eduardo Schoueri que:

Um e outro caso podem contrariar os interesses da coletividade. No caso da externalidade negativa, seu acobertamento por meio do repasse à coletividade implica aumento da atividade indesejada. A externalidade positiva, por outro lado, não recompensando seu gerador, pode não motivar à prática de interesse coletivo. Surge, assim, a necessidade da intervenção do Estado, para corrigir ambas as distorções.¹³

Denota-se, portanto, nessa linha de compreensão, que o princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal em matéria ambiental encontra-se configurado na Constituição Federal Brasileira, não apenas pelas medidas enunciadas nos incisos I a VII do § 1º do art. 225, mas também por meio do inciso VI do art. 170, que contribui para o esboço da ordem econômica, reverenciando a

[...] defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e seus processos de elaboração e prestação [...].¹⁴

Esse tratamento diferenciado em função do impacto ambiental dos produtos e serviços autoriza, desenganadamente, a inclusão na legislação tributária das normas indutoras em matéria ambiental, estimulando condutas que resultem na defesa e preservação ambiental e desestimulando outras em sentido contrário.

Compreende-se, portanto, que a materialização do desenvolvimento com sustentabilidade exige mesmo um repensar do próprio conceito de *desenvolvimento*, que não pode se restringir ao aspecto econômico, devendo contemplar outras perspectivas no plano social, político e cultural, a fim de assegurar “um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”, de acordo com a concepção de Amartya Sen, que acentua:

[...] a industrialização, o progresso tecnológico ou a modernização social podem contribuir substancialmente para expandir a liberdade humana, mas ela depende também

de outras influências. Se a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então existe um argumento fundamental em favor da concentração nesse objetivo abrangente, e não em algum meio específico ou em alguma lista de instrumentos especialmente escolhida. Ver o desenvolvimento como expansão de liberdades substantivas dirige a atenção para os fins que o tornam importante, em vez de restringi-la a alguns dos meios que, inter alia, desempenham um papel relevante no processo.¹⁵

Ricardo Lobo Torres atenta, contudo, para a dificuldade de a justiça ambiental optar entre a solução de garantir o desenvolvimento ou distribuir os bens e os malefícios entre os cidadãos, anotando que:

O problema se agrava quando se traz ao debate a natureza da justiça tributária, que, sendo distributiva, e não redistributiva, pode tornar o rico menos rico mas não pode melhorar a situação do pobre, assunto objeto da justiça orçamentária; daí a insuficiência, por exemplo, do princípio do poluidor-pagador, que necessita ser complementado pela discussão sobre os incentivos fiscais, item da despesa pública.¹⁶

Passemos à análise de alguns princípios que informam referidos ramos jurídicos, sem perder de vista uma abordagem que privilegia a experiência nacional, a partir da Constituição Federal, buscando identificar a transversalidade da tributação com o meio ambiente, a fim de circunscrever o subsistema de convivência das normas tributárias indutoras de comportamento ambiental.

3.1.1 Princípios do Direito Ambiental

Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer escrevem que os princípios em matéria ambiental podem possuir fontes normativas no direito internacional público, no direito constitucional positivo interno e na legislação infraconstitucional interna, sendo que desde a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972), a legislação internacional ambiental começou a exercer forte influência sobre as legislações internas, que passaram a incorporar sistematicamente aquelas diretrizes¹⁷. Nessa linha de argumentação, pode-se afirmar, assim

¹³ Id.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). Op. cit., p. 55.

¹⁵ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. MOTTA, Laura Teixeira (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 16.

¹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. Princípios e teoria geral do direito tributário ambiental. In: TÔRRES, Heleno Taveira Tôrres (org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 26.

¹⁷ ARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 19.

como faz Celso Antonio Pacheco Fiorillo¹⁸, que a identificação de princípios no meio ambiente se dá pelo conhecimento de duas espécies de política, quais sejam, uma Política Global do Meio Ambiente e outra Política Nacional do Meio Ambiente, as quais devem ser coordenadas de forma que esta última seja capaz de dar concretude àquela outra no plano interno.

Não se pretende estabelecer um inventário exaustivo de todos esses princípios, tendo em vista os objetivos deste trabalho, razão pela qual serão prestigiados aqueles que possuem maior potencialidade de diálogo e interação com os princípios da tributação plasmados no sistema tributário nacional, registrando-se que na doutrina especializada impera um enorme dissenso acerca da enumeração dos princípios ambientais presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1.1.1 Princípio da cooperação

Relaciona-se com o estabelecimento de ações integrativas por parte do Estado e da Sociedade para defesa e preservação do meio ambiente, cujos atores receberam a tarefa concernente à concepção, proposição e efetivação de políticas públicas favoráveis à proteção ambiental, nos campos preventivo ou repressivo. No plano estatal, essa diretriz principiológica reclama o exercício das competências legislativas e materiais para formulação de condutas defensivas e conservacionistas, a partir do reconhecimento da essencialidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, condição fundamental à sadia qualidade de vida. Espirando-se no contexto social, este princípio lança luzes nas consciências dos cidadãos, conclamando-os ao exercício da ética do sujeito responsável, aguçando assim seus valores morais, pois sem eles a conservação, ainda que seja alcançada pelas ações estatais isoladas, não se mantém.

Não se pode mais conceber a relação homem-natureza como uma relação entre *sujeito-objeto*, que deve dar lugar a uma nova relação do tipo *sujeito-sujeito*, como proclama Leonardo Boff:

Experimentamos os seres como sujeitos, como valores, como símbolos que remetem a uma realidade frontal. A Natureza não é muda. Fala e evoca. Emite mensagens de grandeza, beleza, perplexidade e força. O ser humano pode escutar e interpretar esses sinais. Coloca-se ao pé das coisas,

junto delas e a elas sente-se unido. Não existe, coexiste com todos os outros. A relação não é de domínio sobre, mas de convivência. Não é pura intervenção, mas inter-relação e comunhão¹⁹.

Nota-se que o referido princípio guarda profunda relação com o conceito de democracia participativa, na medida em que conclama a todos os cidadãos à promoção de uma integração comunitária, em permanente sintonia com o Poder Público, com o propósito de canalizar esforços em prol da tutela do meio ambiente.

3.1.1.2 Princípio do desenvolvimento sustentável

De acordo com o Relatório Nosso Futuro Comum (1987), da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, desenvolvimento sustentável é “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”²⁰. Decorre do reconhecimento de que os recursos naturais são finitos e sua utilização para suprimento das necessidades atuais devem ser racional, para não privar as gerações futuras dessas mesmas utilidades. Não se trata de impor censuras ao desenvolvimento, que é direito inalienável do ser humano, mas de acrescentar-lhe responsabilidade social, pugnando pelo respeito à capacidade de uso do meio ambiente.

Contudo, o conceito de desenvolvimento sustentável transcende a noção de crescimento econômico, para fomentar a construção de uma cidadania ambiental, como argumenta Carlos Eduardo Peralta Montero:

A cidadania ambiental deverá estar fundamentada numa nova forma de educação, que parte da premissa de que o ser humano deverá ter uma relação de harmonia com a natureza, direcionada pela ideia de responsabilidade e de solidariedade para com o outro – as espécies que habitam o planeta e as futuras gerações. O desenvolvimento do ser humano, nas suas distintas dimensões, deverá estar orientado pelo respeito à sustentabilidade ambiental – prudência ecológica²¹.

¹⁸ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 24.

¹⁹ BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do humano, compaixão pela Terra*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 95.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 90.

²¹ MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. *Tributação ambiental: Reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário*. São

Significa dizer que o princípio do desenvolvimento sustentável deve orientar as condutas públicas e privadas, vinculando suas ações de modo a garantir um desenvolvimento econômico como expressão da própria liberdade da pessoa humana, que jamais poderá ser privada dos bens sociais básicos necessários a uma existência digna, dentre eles o direito a uma saudável qualidade de vida.

3.1.1.3 Princípios da precaução e da prevenção

Há uma proximidade conceitual entre esses dois princípios, de modo que poderão ser tratados conjuntamente, embora alguns autores entendam que se as expressões são sinônimas. Pode-se afirmar que a distinção está situada no campo do prévio conhecimento científico ou não a respeito das possíveis consequências para o meio ambiente do uso de determinada substância, tecnologia ou da prática de um ato. Havendo esse prévio conhecimento, fala-se em princípio da prevenção, não o havendo refere-se ao da precaução, justificando em ambos os casos o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

O princípio da precaução, no dizer de Ingo W. Sarlet e Tiago Fensterseifer, assume a posição de “uma espécie de princípio da prevenção qualificado ou mais evoluído” abrindo caminho “para uma nova racionalidade jurídica, mais abrangente e complexa, vinculando a ação humana presente a resultados futuros”²². Na dúvida ou incerteza científica a respeito da segurança da ação face ao meio ambiente, há de se ter cautela para evitar possíveis agressões a todas as formas de vida no planeta, enquanto não se constrói um ambiente de segurança mediante instrumentos técnicos e científicos eficazes.

Mas é possível que já se tenha a certeza de que determinada conduta produzirá danos ao meio ambiente, de acordo com constatação científica prévia, circunstância que impõe a prática de medidas de prevenção para proteção ambiental. Não é incomum, contudo, a articulação simultânea dos dois princípios, quando alguma incerteza científica ainda possa existir no caso concreto.

Paulo: Saraiva, 2014, p. 156.

²² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 164.

3.1.1.4 Princípio da função ambiental da posse e da propriedade

Por meio deste princípio geral do Direito Ambiental, os valores e direitos ecológicos passam a conformar o conteúdo do direito de propriedade “com uma nova carga de deveres e obrigações correlatas ao seu exercício”²³, direcionando-o no sentido do cumprimento das finalidades econômicas e sociais, de modo que sejam preservados “a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”, consoante previsão do art. 1.228, §1º, do Código Civil de 2002²⁴. Sob essa nova perspectiva com assento constitucional, o direito de propriedade absorve alguns deveres que limitam o seu exercício em nome de um bem maior que interessa a toda coletividade.

Essa diretriz principiológica resgata o próprio conteúdo da solidariedade, demonstrando que na trindade “Liberdade, Igualdade, Fraternidade” existe um juízo de complementaridade e que sua finalidade principal se realiza neste último conceito. Evoca-se o sentido da unicidade do planeta, que por isso pode ser comprometido irremediavelmente pelo uso inadequado e irracional do direito de propriedade, quando exercido sem atenção ao sentido ético da alteridade, desprezando o proprietário ou gestor o cultivo de sentimento de preocupação com as demais formas de vida, em detrimento das presentes e futuras gerações.

3.1.2 Princípios do Direito Tributário

Do mesmo modo que o Direito Ambiental, também o Direito Tributário encontra-se estruturado por uma rede de princípios. Na realidade brasileira, a Constituição Federal contempla diversos desses princípios no título que cuida da tributação e do orçamento público, constituindo assim o Sistema Tributário Nacional, mas em outras passagens do Texto Constitucional pode-se defrontar com outros preceitos que se relacionam com a mesma temática.

Seguindo a mesma metodologia, não se há de inventariar todos esses princípios, mas apenas

²³ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 104.

²⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 out. 2015.

destacar aqueles com maior capacidade de interação como os princípios do Direito Ambiental selecionados anteriormente. Convém esclarecer, ainda, que não se pretende analisar todas as nuances dos princípios aqui selecionados, ressaltando-se apenas que inexistem garantias absolutas, de modo que o próprio Texto Constitucional se encarrega de estabelecer algumas exceções à aplicabilidade dos mesmos princípios.

3.1.2.1 Princípio da legalidade tributária

Decorrente do princípio geral da legalidade²⁵, que se situa dentre os direitos e garantias fundamentais na Constituição brasileira, o princípio da legalidade tributária possui importante significado no Sistema Tributário Nacional, prescrevendo que a competência tributária conferida às entidades federativas pela própria Constituição somente poderá ser exercida por meio de lei. Referido princípio assume a forma de uma das limitações ao poder de tributar, convertendo uma relação de poder originária na soberania estatal numa relação jurídica.

A norma jurídica que exercita a competência tributária das entidades federativas regula o comportamento humano consistente, no dizer de Geraldo Ataliba, em “levar dinheiro aos cofres públicos”²⁶. Dessa ordem de ideia resulta a impossibilidade do exercício do poder de tributar por meio de instrumento diverso da norma jurídica instituidora da hipótese de incidência tributária, com as características exigidas pelo Texto Constitucional, observando-se eventuais ressalvas, bem como nos termos da legislação complementar pertinente.

Conforme escreve Paulo de Barros Carvalho que:

O princípio da legalidade é limite objetivo que se presta, ao mesmo tempo, para oferecer segurança jurídica aos cidadãos, na certeza de que não serão compelidos a praticar ações diversas daquelas prescritas por representantes legislativos, e para assegurar observância ao primado constitucional da tripartição dos poderes.²⁷

Resta evidente que qualquer instituição, majoração ou mesmo redução ou extinção de tributos

haverá de observar o princípio da legalidade tributária restrita.

3.1.2.2 Princípio da igualdade tributária

Da mesma forma que a legalidade tributária, este princípio, também denominado de princípio da isonomia tributária, possui um correspondente de ordem geral no conjunto dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal²⁸. O princípio da igualdade tributária proíbe a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibindo-se também qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função exercida pelos contribuintes, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos²⁹.

Esse comando constitucional dirige-se tanto ao legislador quanto ao intérprete da norma tributária. No primeiro caso, o preceito requer a afirmação da igualdade na lei, concitando o legislador a observar cuidadosamente os critérios de discriminação utilizados para estabelecer tratamento tributário diferenciado entre os contribuintes, de modo que referido tratamento se dê “em razão dessa diferença, ou seja, que o tratamento diferenciado tenha relação com o critério discriminante eleito”³⁰. No que se refere ao intérprete ou aplicador da norma tributária, evoca-se uma igualdade perante a lei, exigindo-se desses atores um esforço exegético que prestigie a força normativa do preceito constitucional, reconhecendo-se, contudo, que referido espaço para a autoridade administrativa é bastante restrito, tendo em vista que a cobrança tributária se realiza mediante atividade administrativa plenamente vinculada, restando apenas ao Poder Judiciário um ambiente mais confortável para análise da compatibilidade vertical da legislação tributária em razão do princípio da igualdade.

²⁵ Prescreve o artigo 5º, inciso II, da CF/1988: “Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

²⁶ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23.

²⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 300.

²⁸ Prescreve o artigo 5º, *caput*, da CF/1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”

²⁹ Conforme previsto no artigo 150, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

³⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 287.

3.1.2.3 Princípio da capacidade econômica

Embora comumente denominado de princípio da capacidade contributiva do contribuinte, a Constituição Federal optou pela invocação da “capacidade econômica” para deixar marcado que, na graduação dos impostos, deve-se levar em conta a verdadeira força econômica do contribuinte, afastando possíveis ficções que possam desviar o aplicador da norma da premissa econômica. Ricardo Berzosa Saliba explica que:

[...] A aplicação desse princípio mantém o devido perfil que o contribuinte deve ter, na qualidade de cidadão digno, que tem garantido seu reconhecimento como membro de uma sociedade livre e justa [...] ³¹.

Percebe-se que referido princípio está diretamente relacionado com a busca da justa medida da tributação por meio dos impostos, com fortes componentes da solidariedade como valor supremo, de forma a permitir uma harmoniosa convivência entre direitos e deveres do contribuinte, estabelecendo assim os contornos de uma cidadania fiscal. Para Ricardo Lodi Ribeiro esse princípio

[...] representa não só um limite negativo que exclui os fatos que não revelam manifestação de riqueza, como constitui critério indispensável para a repartição da carga tributária pelos cidadãos [...] ³².

3.1.2.4 Princípio do não confisco

Para compreensão desse princípio aplicável a todos os tributos, deve-se ter como referência o conceito de confisco, cujo instituto foi adotado no sistema constitucional brasileiro com finalidade punitiva. Ricardo Berzosa Saliba pontua que a natureza jurídica do confisco

[...] é sancionatória, para penalizar pessoas que ao descumprirem determinadas leis, sofrerão um constrangimento em face de seu patrimônio, ou seja, terão uma retirada coercitiva de algo que lhes pertença [...] ³³.

Logo se percebe que a impossibilidade de conciliação desse instituto com a atividade de tributação, tendo em vista que tributo não pode ser instituído como forma de sanção de ato ilícito.

Não se nega que a aplicabilidade desse princípio oferece dificuldades, recomendando-se sua avaliação em cada caso concreto, até porque não existe uma alíquota limite a partir da qual se possa afirmar que o tributo assumiu natureza confiscatória. Um tributo pode ter alíquota elevada, mas nem por isso significa que esteja sendo utilizado com efeito de confisco, pois não é incomum constatar numa cobrança elevada apenas a manifestação do efeito extrafiscal de determinado tributo.

Em essência, a proibição de se utilizar tributo com efeito de confisco assume um caráter axiológico de exigência de razoabilidade, evidenciando que há limites para a imposição de um crédito tributário, não podendo este anular a propriedade privada. Esse critério informativo deve direcionar não só os trabalhos legislativos, mas igualmente as atividades dos agentes públicos na aplicação da norma, sujeitando-se em qualquer caso ao controle de legalidade e legitimidade pelo Poder Judiciário.

3.2 Inclusão da variável ambiental na tributação

A inclusão da variável ambiental na tributação não pode seguir um modelo único, porque deve se ajustar à realidade jurídica de cada país, amoldando-se especialmente à sua conformação constitucional. Na realidade brasileira, onde o Sistema Tributário Nacional encontra-se completamente encartado na Constituição Federal, toda e qualquer iniciativa nesse sentido deve ter como ponto de partida essa perspectiva constitucional.

Com essa tarefa pretende-se descortinar objetivos que não representem necessariamente a instituição de novos tributos, tendo em vista que a carga tributária imposta aos contribuintes nacionais já se afigura extremamente elevada. Para alcançar o desiderato perseguido, o caminho mais adequado parece ser a realização de um processo de imantação das competências tributárias das entidades federativas pelos valores ambientais, de modo que as normas jurídico-tributárias editadas no exercício daquelas competências possam induzir comportamentos favoráveis à proteção ambiental aos contribuintes, estimulando boas práticas ambientais ou inibindo más condutas nesse sentido. Por outro lado, é fundamental

³¹ SALIBA, Ricardo Berzosa. *Fundamentos do Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 243.

³² RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, interpretação e elisão tributária*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 61

³³ SALIBA, Ricardo Berzosa. *Fundamentos do Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 252.

que o Poder Público garanta o investimento dos recursos obtidos com a tributação ambiental na efetiva proteção do meio ambiente, o que pode ser alcançado por meio de um processo de vinculação de receitas tributárias, evitando que os créditos tributários originários de tributos ambientais sejam aplicados em finalidades diversas, desvirtuando sua finalidade legal.

3.2.1 Indução de comportamento ambiental por meio da tributação

A norma tributária assume a forma de um instrumento jurídico utilizado pelo Estado para imposição de um dever jurídico ao sujeito passivo obrigando-o à entrega de determinada quantia em dinheiro, sempre que o contribuinte realizar a hipótese de incidência prevista na norma. Essa obrigação é denominada principal e se consubstancia numa obrigação de dar coisa certa. Entretanto, existe outra modalidade de obrigação tributária, denominada de acessória, que consiste nos deveres de fazer ou não fazer alguma coisa no interesse na arrecadação e fiscalização do tributo, de modo que o descumprimento deste dever implica na imposição de uma penalidade pecuniária ao infrator.

Essa particularidade da norma jurídica tributária revela que as duas modalidades de obrigação podem ser utilizadas como forma de indução de comportamento do sujeito passivo com vista ao cumprimento do preceito constitucional que conferiu ao estado e à coletividade os deveres de defesa e preservação do meio ambiente, desde que referida estrutura normativa contenha uma motivação constitucional relacionada a essa aspiração. Essa atividade estatal encontra respaldo nos novos paradigmas adotados pelo poder constituinte que produziu a Constituição em vigor, confirmando a assertiva de Celso Antônio Pacheco Fiorillo de que:

[...] a arrecadação de quantia em dinheiro por parte do Estado haverá de se dar necessariamente, tendo em vista o chamado interesse público, sendo certo e correto afirmarmos que o Estado, nesse sentido, não tributa nem poderá fazê-lo licitamente apenas e tão somente para enriquecer [...] ³⁴.

A função indutora na tributação, incidindo diretamente na formação da vontade do contribuinte, aparece como instrumento para buscar objetivos

concretos do Poder Público, especialmente de natureza político-econômica, como é o caso da defesa do meio ambiente, assim como previsto no capítulo que regula a ordem econômica na Constituição brasileira. Significa dizer que uma atividade lícita cuja realização possa causar impactos negativos ao meio ambiente pode ser desestimulada pelo aumento da carga tributária, mediante variação de alíquotas ou progressividade, ou imposições de deveres de fazer ou não fazer, cujo descumprimento resultará na imposição de penalidades. Do mesmo modo, a legislação tributária pode ser instrumentalizada para estimular boas práticas ambientais, por meio de incentivos fiscais, conferindo-se um tratamento fiscal mais favorável àqueles contribuintes que adotarem determinados comportamentos previamente escolhidos pelo Poder Público.

Releva observar que a função indutora na tributação somente tem lugar quando se tratar de atividades lícitas causadoras de impactos negativos ao meio ambiente, enquanto na ilicitude a reprovação normativa deve ser feita por outros meios, administrativos ou penais, tendo em vista que na hipótese de incidência da norma tributária não comporta ato ilícito.

Outro aspecto a ser considerado é que a função indutora da norma tributária deve atuar no intervalo entre a instituição da hipótese de incidência e a constituição do crédito tributário, porque após esta última fase a temática passa a ser objeto do direito financeiro. Dessa maneira, o estabelecimento de algum objetivo ambiental atinente à repartição de receita tributária somente assume importância para o Direito Tributário nos casos de tributos de arrecadação vinculada, quando sua instituição encontra-se afetada previamente a uma determinada finalidade ambiental. Portanto, a variável ambiental deve ser predeterminada por ocasião da regulamentação da competência tributária, e não na fase da destinação da receita captada.

É por essa razão que algumas iniciativas, embora comumente tratadas como formas de tributação ambiental, a exemplo do ICMS Ecológico, a rigor não o é em seu sentido mais restrito, porque essa categoria opera na fase da repartição da receita tributária, momento posterior ao intervalo acima demarcado, sem qualquer potencialidade para induzir comportamentos favoráveis à proteção ambiental nos respectivos contribuintes. O ICMS Ecológico, que nem por isso deve ser descartado como instrumento

³⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 977.

de proteção ambiental³⁵, refere-se a critérios de destinação de parcela da receita do ICMS pelos estados aos municípios, na forma e proporção que dispuser a lei estadual, conforme autorização contida no art. 158, inciso II, da Constituição Federal, cuja prática vem sendo gradativamente ampliada no País, a partir da experiência pioneira realizada pelo Estado do Paraná, no ano de 1991.

3.2.2 Vinculação de receita na tributação ambiental

Parte fundamental nesse processo de inclusão da variável ambiental na tributação deve ser a construção de mecanismos que assegurem a aplicação dos recursos captados em função dessa modalidade de tributação em ações efetivas de defesa e proteção ambiental. Caso contrário, todos os esforços desenvolvidos nessa vertente serão inúteis, caindo no vazio por falta de resultados práticos para a efetivação do comando constitucional. Nessa linha de reflexão, o processo de imantação do Sistema Tributário Nacional com os valores ambientais não pode ser visto como apenas mais uma fonte de obtenção de recursos para aplicação em finalidades diversas da proteção ambiental.

Um mecanismo que pode assegurar uma eficiente aplicação dos recursos obtidos com essa prática na finalidade ambiental é a vinculação de receitas tributárias originárias da tributação ambiental. Para assegurar essa vinculação plenamente em todo Sistema Tributário Nacional faz-se necessária uma reforma constitucional que amplie as hipóteses de vinculação de receita dos impostos, hoje limitada às exceções previstas no art. 167, inciso IV e § 4º, da Constituição Federal. Como se observa, essa necessidade existe apenas em relação aos impostos, nos quais prevalece a regra geral proibitiva da vinculação de receitas, cláusula inexistente para as demais espécies tributárias.

4 Conclusão

Cada vez mais se evidencia a necessidade de uma conexão de saberes para que Estado e

Sociedade possam cumprir com eficiência o comando constitucional que lhes impõe o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Esse esforço científico passa pela necessidade de superação de aparentes antinomias principiológicas no espaço de convivência entre o Direito Tributário e o Direito Ambiental, para que se possa estabelecer um profícuo diálogo entre esses dois ramos jurídicos, com objetivo de potencializar o verde na tributação por meio de um processo de imantação das normas tributárias pelos valores ambientais.

As sucessivas agressões ao meio ambiente, resultado de uma visão equivocada da sociedade industrial, focada exclusivamente no suprimento das necessidades humanas, ampliam a cada dia os riscos para todas as formas de vida e revelam uma angustiante ausência de compromisso com a conservação do planeta. Essa incômoda constatação evoca a necessidade de se construir uma nova ética ambiental que seja capaz de induzir a prática de bons hábitos na relação do ser humano com o seu entorno natural. Em busca desse novo paradigma para a justiça ambiental, todos os esforços devem ser empreendidos no interior da vida em sociedade, numa constante articulação dos mecanismos de controle, especialmente no plano do sistema jurídico.

Nesse caminho, a tributação se torna um instrumento com significativa potencialidade para influenciar positivamente a conduta humana na preservação ambiental, especialmente quando o Estado passa a utilizar adequadamente as normas tributárias indutoras de comportamento ambiental, circunscrevendo um subsistema originário da intersecção dos princípios tributários e ambientais. É nesse ponto que se promove a inclusão da variável ambiental na tributação, fazendo com que as normas tributárias, imantadas pelos valores e princípios constitucionais de proteção ambiental, passem a irradiar referidos preceitos fomentando a ética do sujeito responsável.

Convém observar, entretanto, que nesse processo de imantação das normas tributária pelos valores ambientais não se pode seguir um modelo único, tendo em vista que se deve dar atenção à realidade jurídica de cada país, especialmente sua conformação constitucional. Por conta disso, há de se ter cautela na importação de soluções gestadas sob diferentes modelos jurídicos, evitando-se uma recepção acrítica desses modelos no plano jurídico nacional, especialmente porque o sistema tributário

³⁵ Nesse sentido, observam Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira: "O interesse central na implantação do chamado ICMS ecológico não é outro senão incentivar o gradativo aumento de zonas ou áreas de conservação ambiental, compensando-se ainda os Municípios pela restrição no uso dessas áreas constitucional e legalmente protegidas" (in *Direito Ambiental Tributário*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 155).

brasileiro encontra-se perfeitamente encartado na Constituição Federal.

Nessa linha de compreensão, a inclusão da variável ambiental no Sistema Tributário Nacional deve adotar um modelo que não represente apenas mais uma forma de tributação, pois os contribuintes já se encontram sobrecarregados por uma excessiva carga tributária. É evidente que a questão não se resolve simplesmente com a instituição de novos tributos para serem rotulados de *tributos verdes*, elevando ainda mais a carga tributária, mesmo que o produto dessa arrecadação seja vinculado à causa ambiental. Do mesmo modo, boas iniciativas como o ICMS Ecológico perdem totalmente o sentido se a fração destacada da arrecadação do referido tributo estadual não for aplicada nas finalidades que justificaram sua instituição.

Tendo em vista a realidade brasileira, pode-se afirmar que a função indutora na tributação deve atuar no intervalo entre a instituição da hipótese de incidência tributária e a constituição do respectivo crédito tributário, tendo por objeto apenas atividades lícitas causadoras de impactos negativos ao meio ambiente. Portanto, a inclusão da variável ambiental na tributação deve ser feita como forma de regulamentação da competência tributária das entidades federativas, o que pode ocorrer em qualquer uma das modalidades de obrigações tributárias, incentivando ou desestimulando condutas dos contribuintes no interesse da proteção ambiental. Finalmente, é fundamental que se estabeleça mecanismos para assegurar a aplicação das receitas auferidas com essa prática em favor da defesa e da proteção ambiental, medida que poderá ser alcançada com a previsão de vinculação de receitas tributárias, exigindo-se reforma constitucional para ampliação dessas possibilidades em relação aos impostos.

Referências

- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do humano, compaixão pela Terra*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 out. 2015.
- _____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *DOU*, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 21 jun. 2013.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.
- COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- EDGAR, Morin, et al. *Ética, solidariedade e complexidade*. São Paulo: Palas Athena, 1998.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- JAMIESON, Dale. *Ética & meio ambiente: uma introdução*. Tradução de André Luiz de Alvarenga. São Paulo: Editora Senac, 2010.
- MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. *Tributação ambiental: reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NINIS, Alexandra Bortoni; BILIBIO, Marco Aurélio. *Homo sapiens, homo demens e homo degradandis: a psiquê humana e a crise ambiental*. *Psicologia & Sociedade*, 24(1), 46-55.
- ORLANDO, Breno Ladeira Kingma e GUDIÑO, Daniel Mariz. Instrumentos Tributários e financeiros utilizados no Brasil para a proteção ao Meio Ambiente: uma análise crítica. In: ORLANDO, Breno Ladeira Kingma et al. (org.). *Direito tributário ambiental*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, interpretação e elisão tributária*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- SALIBA, Ricardo Berzosa. *Fundamentos do Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SCHOUERI, Luis Eduardo. Normas tributárias indutoras em matéria ambiental. In: TÔRRES, Heleno Taveira.

(org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Motta, Laura Teixeira (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TÔRRES, Heleno Tavares. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental – os limites dos

chamados “tributos ambientais”. In: TÔRRES, Heleno Taveira. (org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. Princípios e teoria geral do direito tributário ambiental. In: TÔRRES, Heleno Taveira Tôrres (org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 13.247, de 12/01/2016.

Altera a Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 – Estatuto da Advocacia.

Publicada no *DOU* de 13/01/2016.

Lei 13.254, de 13/01/2016.

Dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País.

Publicada no *DOU* de 14/01/2016.

Lei 13.256, de 04/02/2016.

Altera a Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 05/02/2016.

Decreto 8.638, de 15/01/2016.

Institui a Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

Publicado no *DOU* de 18/01/2016.

Decreto 8.656, de 29/01/2016.

Exclui produtos do regime tributário de que trata o art. 1º da Lei 7.798, de 10 de julho de 1989, altera a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – Tipi, aprovada pelo Decreto 7.660, de 23 de dezembro de 2011, e altera o Decreto 7.555, de 19 de agosto de 2011.

Publicado no *DOU* de 29/01/2016.



Corte Especial

Mandado de Segurança 0007251-84.2012.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes
Impetrante: Município de Paranatinga – MT
Procurador: Dr. Rafael Silva Melão
Impetrado: Desembargador Federal da 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Interessada: Fundação Nacional de Saúde – Funasa
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação: e-DJF1 de 13/01/2016, p. 131

Ementa

Mandado de segurança. Impetração contra ato judicial. Decisão do relator que cassa liminar de inscrição do nome do município-impetrante nos cadastros de inadimplência do Siafi e Cadin. Sentença prolatada no processo originário.

I. O cabimento de mandado de segurança contra ato judicial constitui exceção, admitida tão somente contra decisão teratológica ou manifestamente ilegal e nas hipóteses em que não tenha cabimento recurso. Precedentes.

II. Trata-se, no caso, de mandado de segurança impetrado contra decisão judicial que indeferiu o pedido de antecipação da tutela recursal nos autos do Agravo de Instrumento 0072407-53.2011.4.01.0000/DF, com o qual pretendia o agravante suspender o registro do nome do município-impetrante nos cadastros de inadimplência no Siafi e Cauc, da qual não cabe agravo regimental, a teor do disposto no art. 297, § 1º do Regimento Interno deste TRF1.

III. Não sendo passível de recurso a decisão que defere ou indefere a antecipação da tutela recursal em agravo de instrumento, resta superado o óbice legal previsto no art. 5º, inciso II da Lei 12.016/2009, que veda a utilização do mandado de segurança contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo.

IV. No caso, não é teratológica, tampouco manifestamente ilegal o ato atacado, eis que em sede de mandado de segurança, verifica-se que a decisão que indeferiu o pedido de liminar encontra-se devidamente fundamentada e, inexistindo quaisquer elementos que indiquem a teratologia ou a ilegalidade da decisão proferida, é o caso de se denegar a segurança.

V. Por fim, em pesquisa nos sistemas informatizados deste Tribunal Regional Federal, verifica-se que foi prolatada sentença no processo originário, sob o número 0061111-19.2011.4.01.3400, tendo o juízo *a quo* julgado improcedente o pedido inicial, em razão do que houve perda superveniente do objeto da demanda, com a consequente perda do interesse de agir, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009.

VI. Segurança denegada.

Acórdão

Decide a Corte, por maioria, denegar o mandado de segurança.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 29/10/2015.

Desembargador Federal Néviton Guedes, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado pelo Município de Paranatinga/MT contra decisão do Juiz Federal convocado Evaldo de Oliveira Fernandes, na ocasião em que atuou como relator do

Agravo de Instrumento 0072407-53.2011.4.01.0000/DF, o qual indeferiu o pedido de antecipação da tutela recursal para suspender o registro do nome do município-impetrante nos cadastros de inadimplência no Siafi e Cauc.

A autoridade impetrada assim decidiu ao entendimento de que

[...] embora o Município-agravante esteja em desacordo com as disposições mencionadas, ressalte-se que não há impedimento às transferências destinadas a obras ou serviços em setores prioritários (educação, saúde e iniciativas de cunho social), salvaguardadas pelo art. 25, § 3º, da LC 101/00 c/c art. 26 da Lei n. 10522/02 [...] (fls. 340-3.423).

Alega o impetrante, em síntese, que o juiz federal relator, ao negar a antecipação da tutela recursal, deixou de aplicar a exceção prevista no art. 5º, § 2º, da IN/STN 1/1997, impossibilitando o Município de Paranatinga de receber transferências voluntárias, mesmo possuindo outro gestor e tendo tomado as medidas legais pertinentes em face do antigo prefeito. Afirma, ainda, que a decisão configura ilegalidade ou abuso de poder; lesão ou ameaça de lesão e ameaça de dano reparável ao município a ensejar o deferimento da liminar.

Requerer, ao final, a concessão de medida liminar para o fim de obter a suspensão judicial da inadimplência registrada nos cadastros de inadimplência do Siafi e Cadin. Pugna, ainda, pela confirmação da segurança concedida liminarmente, declarando como ilegal o ato comissivo impugnado.

Às fls. 352-359, o Desembargador l'talo Fioravanti Sabo Mendes indeferiu o pedido de liminar postulada na inicial, sob o fundamento de que

[...] não se vislumbra, *data venia*, fundamento jurídico a ensejar o deferimento da medida liminar requerida na petição inicial, no caso a relevância da fundamentação, considerando ser juridicamente discutível o cabimento na hipótese do presente mandado de segurança, em face do teor da Súmula 121, do extinto Tribunal Federal de Recursos [...].

Afirmou que não se pode apontar, de imediato,

[...] aspectos de flagrante ilegalidade ou de teratologia que, em se verificando, poderiam até ensejar o cabimento deste mandado de segurança e o deferimento da medida liminar postulada na petição inicial [...].

Devidamente notificada, a autoridade impetrada prestou as devidas informações, às fls. 349-351.

O Ministério Público Federal opinou pela extinção do processo sem julgamento do mérito, sob o entendimento de que “não há demonstração no presente caso de que a decisão impugnada esteja eivada de ilegalidade ou abuso de poder” (fls. 364-369).

Em 08/01/2013, vieram-me os autos conclusos, por força de redistribuição por sucessão (fl. 371).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — Preliminarmente, cumpre registrar que se trata, no caso, de mandado de segurança impetrado contra decisão judicial que indeferira o pedido de antecipação da tutela recursal em sede de agravo de instrumento, da qual não cabe agravo regimental, a teor do disposto no art. 297, § 1º do Regimento Interno deste TRF1. Não sendo passível de recurso a decisão que indefere a antecipação da tutela recursal em agravo de instrumento, resta superado o óbice legal previsto no art. 5º, inciso II, da Lei 12.016/2009, que veda a utilização do mandado de segurança contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo.

No caso, também se abre a possibilidade de mandado de segurança por não se enquadrar em nenhum dos pressupostos de fato previstos no art. 5º da recente Lei 12.016/2009, segundo a qual

[...] não se concederá mandado de segurança quando se tratar: I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; III - de decisão judicial transitada em julgado [...].

Por outro lado, além da ausência de recurso com efeito suspensivo ou de decisão transitada em julgado, sabe-se que a jurisprudência restringe a admissibilidade de mandado de segurança contra ato jurisdicional aos casos em que a decisão judicial se configurar teratológica, abusiva ou flagrantemente ilegal.

(cito):

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MEIO AMBIENTE. IMPETRAÇÃO CONTRA ATO JUDICIAL. CABIMENTO. DECISÃO DO RELATOR QUE CONVERTE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RETIDO. DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL TERATOLÓGICA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Segundo o art. 5º, inc. II, da Lei 1.533/51, vigente à época da impetração, não cabe mandado de segurança “de despacho ou decisão judicial quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção”.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Marcos Augusto de Sousa, João Luiz de Sousa, Gilda Sigmaringa Seixas, Jamil de Jesus Oliveira, Jirair Aram Meguerian, Mário César Ribeiro, l'talo Mendes, José Amílcar Machado, Souza Prudente, Maria do Carmo Cardoso, Mônica Sifuentes e Kassio Marques.

2. Nos termos da Súmula 267/STF, “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso de correção”.

3. Atualmente, conforme o disposto no art. 5º, inc. II, da Lei 12.016/09, que revogou a Lei 1.533/51, prevalece a regra de não cabimento do mandado de segurança, exceto se contra a decisão judicial não couber recurso com efeito suspensivo.

4. Excepcionalmente, em situações teratológicas, abusivas, que possam gerar dano irreparável, o recurso previsto não tenha ou não possa obter efeito suspensivo, admite-se que a parte se utilize do mandamus, levando-se em conta, ainda, que a Constituição Federal – art. 5º, LXIX – não faz restrição quanto a seu uso, desde que presentes os seus pressupostos. O caso concreto, todavia, é que revelará, bem ponderados os seus contornos, se deve prevalecer tal regra ou a sua exceção.

[...].

6. Recurso ordinário não provido.

(RMS 29.217/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 13/10/2010)

Certificando no caso a inexistência de recurso com efeito suspensivo contra a decisão proferida, dever-se-ia atestar também a teratologia da decisão agora contrastada.

No caso, contudo, não é teratológica, tampouco manifestamente ilegal a decisão atacada, eis que, em sede de mandado de segurança, verifica-se a observância pela autoridade da legislação pertinente à matéria, Lei Complementar 101/2001, cujo art. 25 disciplina tal espécie de transferência de recursos.

A decisão que indeferiu a liminar está assim fundamentada:

Não bastasse apenas isso, tem-se que a r. decisão impugnada neste writ apresenta, concessa venia, o seguinte teor:

“Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto pelo Município de Paranatinga - MT contra decisão (fls. 289-293) proferida pelo Juízo da 17ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, em que se indeferiu pedido de liminar para suspender o registro do nome do Município-agravante no “Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI, CADIN, com relação ao Convênio n. 1459/2003”, firmado com a Fundação Nacional de Saúde - FUNASA.

Considerou o MM. Juiz Federal:

... cabe ao Município utilizar os meios disponíveis (ação de ressarcimento, representação junto ao Ministério Público, etc) para buscar a responsabilização do prefeito anterior, com vistas

a reparar os danos causados pela má gestão dos recursos recebidos.

Não obstante haja previsão legal no sentido de que poderá ser determinada a suspensão do registro de inadimplência do Município na hipótese de mudança de administrador, tal disposição está condicionada à devida tomada de providências pelo prefeito subsequente.

Nesse sentido, é a orientação do eg. Tribunal Regional Federal da 1ª Região [...].

No presente caso, embora o atual administrador tenha entrado, em junho de 2009, com representação junto ao Ministério Público Estadual em face do administrador anterior (fls. 26/27), não se tem notícia nos autos de como está o andamento de tal ação, se realmente foram alcançados os objetivos ressarcitórios do erário e de responsabilização do prefeito inadimplente.

Quanto à alegação de que a instauração de Tomada de Constatas Especial é de responsabilidade exclusiva da FUNASA, deve observar o impetrante que o interesse na instauração é tanto dele quanto da autoridade impetrada, uma vez que somente após a regular instauração desse procedimento, somada aos demais requisitos, surge a possibilidade de eventual concessão de medida judicial para cancelar sua inscrição.

Ademais, são fartas as irregularidades apontadas na execução do convênio, bastando uma simples leitura da petição inicial e dos documentos que a acompanham para se chegar a tal conclusão (fls. 23, 28/29, 45 e 76, dentre várias outras).

Dessa forma, não vejo atendido o requisito do *fumus boni juri* para que seja concedida a liminar pleiteada.

Ante o exposto, INDEFIRO O PEDIDO LIMINAR.

Em suma, a irresignação está fundamentada na alegação de que ‘a autoridade coatora, ao arrepio da lei, mesmo o Município tendo tomado as providências legais em face dos responsáveis pela não execução regular do objeto do convênio, incluiu o Município no cadastro de inadimplentes’, em que pese não ser ‘atribuição do município acionar o ex-gestor, já que a Ação é Pública Incondicionada’.

Decido.

Conquanto controversa a questão – suspensão/exclusão de registro de nome de município em cadastros de inadimplentes do Governo Federal –, a adoção de medidas legais para responsabilização do administrador que deu causa à inadimplência é condição indissociável da pretensão (STJ. AgRg no Ag 1241532/DF, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 17/02/2011; AgRg no Ag 1202092/PI, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJe 14/04/2010; AgRg no Ag 1123467/DF, AgRg no REsp 1087465/SC, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 16/09/2009; TRF 1ª Região. AP

201038000016350/MG, Relator Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, e-DJF1 28/11/2011; AGA 467585720094010000/PI, Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus, e-DJF1 27/08/2010; AP 200737020003743/MA, Relator Desembargador Federal Souza Prudente, e-DJF1 09/03/2009.

Nesse ponto, apenas a juntada de cópia da inicial protocolada, em junho de 2009, pelo Município (fls. 69-70) junto à Promotoria de Justiça da Comarca de Paranatinga/MT não infirma, por si só, o entendimento manifestado pelo MM. Juiz singular.

Em sede de mandado de segurança, verifica-se a observância pela autoridade da legislação pertinente à matéria, Lei Complementar n. 101/2001, cujo artigo 25 disciplina tal espécie de transferência de recursos:

‘Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

§ 1º São exigências para a realização de transferência voluntária, além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias:

- I - existência de dotação específica;
- II - (VETADO)
- III - observância do disposto no inciso X do art. 167 da Constituição;
- IV - comprovação, por parte do beneficiário, de:
 - a) que se acha em dia quanto ao pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao ente transferidor, bem como quanto à prestação de contas de recursos anteriormente dele recebidos;
 - b) cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde;
 - c) observância dos limites das dívidas consolidada e mobiliária, de operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, de inscrição em Restos a Pagar e de despesa total com pessoal;
 - d) previsão orçamentária de contrapartida.

§ 2º É vedada a utilização de recursos transferidos em finalidade diversa da pactuada.

§ 3º Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social.’

Embora o Município-agravante esteja em desacordo com as disposições mencionadas, ressalte-se que não há impedimento às transferências destinadas a obras ou serviços em setores prioritários (educação, saúde e iniciativas de

cunho social), salvaguardadas pelo art. 25, § 3º, da LC 101/00 c/c art. 26 da Lei n. 10522/02.

Pelo exposto, *Indefiro* o pedido de antecipação da tutela recursal” (fls. 27/28)

Da decisão cujo excerto restou acima transcrito, constata-se, em um exame preliminar, inerente a presente fase do processo, encontrar-se ela, com a devida licença dos que eventualmente se posicionem em sentido contrário, suficientemente fundamentada, não se podendo de imediato apontar aspectos de flagrante ilegalidade ou de teratologia que, em se verificando, poderiam até ensejar o deferimento da medida liminar postulada na petição inicial.

Verifica-se, assim, que a decisão que indeferiu o pedido de efeito suspensivo no Agravo de Instrumento 0072407-53.2011.4.01.0000/DF, para suspender o registro do nome do município-impetrante nos cadastros de inadimplência no Siafi e Cauc, encontra-se devidamente fundamentada e, inexistindo quaisquer elementos que indiquem a teratologia ou a ilegalidade da decisão proferida, é o caso de se denegar a segurança.

Por fim, em pesquisa nos sistemas informatizados deste Tribunal Regional Federal, verifica-se que foi prolatada sentença no processo originário, sob o número 0061111-19.2011.4.01.3400, tendo o juízo *a quo* julgado improcedente o pedido inicial, em razão do que houve perda superveniente do objeto da demanda, com a conseqüente perda do interesse de agir, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009.

Conforme jurisprudência, com a prolação de sentença nos autos do processo originário, torna-se imperioso reconhecer a superveniente perda do objeto do mandado de segurança, restando prejudicada a apreciação de seus argumentos.

Nesse sentido, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO PLEITEADO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO, CONVERTENDO-O EM RETIDO. PRODUÇÃO DE PROVAS. SENTENÇA PROLATADA NO PROCESSO ORIGINÁRIO. PERDA DE OBJETO DO MANDAMUS.

1. Mandado de segurança impetrado contra decisão que, em sede de agravo de instrumento, indeferiu o pedido de efeito suspensivo e determinou sua conversão em agravo retido.

2. Em consulta ao Sistema Processual Informatizado do TRF da 1ª. Região, verifica-se que o Juízo de origem prolatou sentença nos autos da ação originária do agravo de instrumento, ocorre a superveniente perda de objeto do citado recurso

e, conseqüentemente, do mandamus, por meio do qual se impugna a decisão nele proferida.

3. Mandado de segurança declarado extinto, sem resolução do mérito, por perda de objeto. 4. Agravo de instrumento nº. 0030498-60.2013.4.01.0000/PA prejudicado.

(MS 0045269-43.2013.4.01.0000/PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, CORTE ESPECIAL, e-DJF1 p.553 de 01/06/2015)

Tudo considerado, *denego a segurança*, nos termos do art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009.

É como voto.

Corte Especial

Desaforamento de Julgamento 0048925-37.2015.4.01.0000/BA

Relator:	Desembargador Federal João Batista Moreira
Requerentes:	Lourivaldo da Conceição Braz e outro
Procurador:	Dr. Damiel Gadelha Barbosa
Requerido:	Juízo Federal da Subseção Judiciária de Eunápolis – BA
Autora:	Justiça Pública
Réus:	Lourivaldo da Conceição Braz e outro
Assistente de acusação:	Dra. Núbia Alves dos Santos
Advogados:	Dr. Igor Saulo Ferreira Rocha Varjão Assunção e outros
Interessada:	Fundação Nacional do Índio – Funai
Procuradores:	Dra. Adriana Maia Venturini e outro
Publicação:	e-DJF1 de 1º/02/2016, p. 386

Ementa

Penal. Processo Penal. Sequestro. Homicídio qualificado e ocultação de cadáver. Pronúncia. Pedido de desaforamento fundado em parcialidade do Conselho de Sentença. Sul da Bahia. Área de conflito entre fazendeiros e indígenas. Parcialidade do conselho de sentença. Ausência de demonstração. Pedido de desaforamento. Rejeição.

I. A competência para o julgamento de crimes afetos à jurisdição do Tribunal do Júri está prevista no art. 70 do Código de Processo Penal, sendo possível, excepcionalmente, nos termos do art. 427 do mesmo diploma, desaforamento, atribuindo-o a juízo próximo onde não se constate uma das situações especificadas.

II. As quatro hipóteses que justificam o desaforamento dizem respeito a interesse de ordem pública, dúvida sobre a imparcialidade do júri, riscos para a segurança pessoal do acusado ou demora na realização do julgamento.

III. O caso examinado é de suposta parcialidade do Conselho de Sentença, em razão de a área onde ocorreu o crime ser de luta constante, por terras, entre indígenas e fazendeiros, o que, segundo o Ministério Público Federal, o assistente de acusação e o juiz federal, não ocorre, pois a população é bastante dividida, com grande parcela formada por indígenas e outra distribuída entre simpáticos e contrários à causa indígena.

IV. Pedido fundado em matérias jornalísticas e cópias de páginas eletrônicas, sem que esteja demonstrada a suposta parcialidade de jurados que venham a ser escolhidos para integrar o Conselho de Sentença.

V. Pedido de desaforamento rejeitado.

Acórdão

Decide a Corte, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 19/11/2015.

Desembargador Federal João Batista Moreira, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Trata-se de pedido de desaforamento formulado pelos indígenas Lourivaldo da Conceição Braz e Valtenor Silva do Nascimento ao fundamento de dúvida sobre a imparcialidade do júri a que serão submetidos perante a Subseção Judiciária de Eunápolis – BA, por imputação das práticas de sequestro, cárcere privado, homicídio qualificado, destruição e ocultação de cadáver, estando pronunciados como incurso nos arts. 148, § 2º, 121, § 2º, incisos I e IV, e 211 c/c 29 e 69, todos do Código Penal.

Os requerentes afirmam existir latente hostilidade da população local em relação aos indígenas que residem na região, que ainda lutam pela demarcação de suas terras, havendo reiterados conflitos entre índios e fazendeiros, os quais denotam, de maneira inequívoca, animosidade entre os grupos, especialmente em razão da dificuldade da população compreender o modo de vida e luta dos indígenas na defesa de seus interesses.

Sustentam que tal situação enceta prejulgamento que contamina a imparcialidade do júri a que serão submetidos os peticionantes.

O Ministério Público Federal, titular da ação penal, e o assistente da acusação afirmam não existirem elementos objetivos e concretos que permitam supor quebra de imparcialidade do Conselho de Sentença que venha a ser constituído para o julgamento da causa, afirmando que há divisão de opiniões da população sobre a luta dos indígenas. A situação não contaminaria a necessária imparcialidade do júri, tanto mais quando parcela considerável da população do município é composta por indígenas, prevalentemente da etnia Pataxó.

O juiz, em suas informações, indica que é notória a importância da comunidade indígena na cultura e no turismo da região sul da Bahia, não se divisando o alegado sentimento anti-indigenista, notadamente após a implementação das reintegrações de posse determinadas pelo juízo, que têm diminuído a tensão entre os fazendeiros e índios.

Encerra as informações com a indicação de que não divisa fundamento para o acolhimento do pedido de desaforamento.

Distribuído o pedido, foi colhida manifestação do Ministério Público Federal com atuação perante esta Corte.

Em seu parecer, o MPF opina pela rejeição do pedido, pois a interpretação dos Tribunais sobre o art. 427 do CPP está orientada pela necessidade

de demonstração objetiva, fundada em elementos concretos, para o acolhimento do pedido de desaforamento, o que, não ocorrendo, faz prevalecer a previsão do art. 70 do mesmo diploma legal.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — O desaforamento previsto originalmente no art. 424 e, atualmente, no art. 427 do CPP desde a reforma do procedimento do júri introduzida pela Lei 11.689/2008, é medida que altera a competência para o julgamento dos crimes afetos ao Tribunal do Júri.

O desaforamento pode ser requerido para a preservação da ordem pública, quando houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou risco para a segurança do réu.

No caso examinado, os requerentes sustentam ter dúvida sobre a imparcialidade do júri que venha a ser escolhido para o julgamento dos crimes imputados, pois seria notória a existência de conflitos entre indígenas e não indígenas na região sul do Estado da Bahia, notadamente no município onde ocorreu o fato.

O acervo que juntam como prova está restrito a matérias jornalísticas que relatam os episódios de violência que têm ocorrido na região.

A decisão de pronúncia admitiu a submissão dos réus ao júri, indicando-os como incurso, essencialmente, nos arts. 121, 148 e 211, todos do Código Penal.

O MPF, o assistente da acusação e o juiz afirmam que é inegável a gravidade dos atos imputados e a divisão da sociedade acerca da forma de luta por terras empreendida pelos indígenas, o que, todavia, não permite concluir que haverá parcialidade no julgamento a ser realizado perante o júri.

Sobre a questão, é oportuna a lição de Voltaire de Lima Moraes¹ na Revista Direito e Justiça, v. 40, n. 2, pp. 166-170 – dez/2014:

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Ângela Catão, Néviton Guedes, Ney Bello, Jirair Aram Meguerian, Mário César Ribeiro, Ítalo Mendes, José Amílcar Machado e Daniel Paes Ribeiro.

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito pela UFRGS. Mestre e Doutor em Direito pela PUCRS. Professor da Faculdade de Direito da PUCRS no Curso de Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais.

[...] Na segunda situação, no que se refere à imparcialidade do júri, procura-se preservar um pressuposto processual subjetivo, referente ao juiz, que todo magistrado deve ostentar, ou seja, a imparcialidade (e o jurado é um juiz não togado). No entanto, a mera desconfiança sobre a imparcialidade do Conselho de Sentença não pode levar ao desaforamento. É preciso que exista prova robusta a esse respeito. Assim, com razão Hélio Tornaghi¹¹, ao dizer que, “Para ensejar o desaforamento, a dúvida sobre a imparcialidade do júri deve ter por si razões graves, baseadas em fatos devidamente comprovados”.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹², em caso que se alegava a parcialidade do júri, indeferiu pedido de desaforamento, acolhendo parecer do Procurador de Justiça Ivan Melgaré, exarado nos seguintes termos, no que interessa: “Não se discute a comoção causada pelo delito na comunidade, natural em fatos da mesma espécie, principalmente quando envolve pessoa conhecida e socialmente inserida como no caso, a vítima, professora de escola estadual.

É justamente nesses casos que deve prevalecer a competência natural do Júri, devendo o réu ser julgado por seus pares, cidadãos de Cruz Alta, e não em Porto Alegre.² [...]

Sobre a *imparcialidade do júri*, é a seguinte a lição de MIRABETE³.

É possível também o desaforamento quando houver dúvida sobre a imparcialidade do júri, sendo esta fundamental para o julgamento. Estará ela comprometida quando o crime, apaixonando a opinião pública, gera no meio social animosidade, antipatia e ódio ao réu provocados ou exacerbados inclusive pelos meios de comunicação. De outro, pode o réu ou sua família exercer grande influência econômica ou política sobre a comunidade, abalando a imparcialidade dos jurados. É necessário, porém, para caracterizar a hipótese, que haja indícios capazes de produzir receio sobre a parcialidade, não constituindo a simples reação favorável ou desfavorável da imprensa a respeito do fato, o poder econômico do acusado etc.

Na situação examinada, em que pese o demonstrado conflito entre indígenas e fazendeiros, não há comprovação de que a população apresente

rejeição ou simpatia por apenas um dos lados da causa, o que o MPF e o Juízo retratam com bastante propriedade, indicando, inclusive, que parcela significativa do município é habitada por indígenas, o que constitui centro gerador de renda derivada das visitas de turistas ao local.

Sobre a necessidade de apresentação de dados consistentes para o acolhimento da pretensão, assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PEDIDO DE DESAFORAMENTO. ALEGADO COMPROMETIMENTO DA IMPARCIALIDADE DO CONSELHO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS. RELEVÂNCIA DA OPINIÃO DO MAGISTRADO SINGULAR. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- O Superior Tribunal de Justiça, na esteira desse entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- O desaforamento é medida excepcional que altera a competência territorial, fazendo-se necessária para tanto que estejam presentes concretamente uma das hipóteses previstas no art. 427 do CPP, quais sejam: o interesse da ordem pública, a imparcialidade do júri e o risco à segurança pessoal do acusado.

- Os elementos acostados aos autos - matéria jornalísticas - não têm concreitude suficiente a fim de se concluir sobre eventual interferência no ânimo dos jurados, de modo a colocar em dúvida a imparcialidade do Conselho de Sentença.

- A opinião do magistrado singular, que não apontou nenhuma circunstância que pudesse acarretar dúvida relativa à parcialidade do júri, possui papel relevante na análise da necessidade de desaforamento, por emitir o posicionamento daquele que se encontra mais próximo aos fatos. Habeas corpus não conhecido. (HC 201101812095, MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA

¹¹ TORNAGHI, Hélio. Op. cit., p. 120.

¹² Pedido de Desaforamento 70057034423 (CNJ: 0428069-16.2013.8.21.7000), 1ª Câmara Criminal, rel. Des. Manuel Martinez Lucas, julgado em 13/11/2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. Atualizado até julho de 2003. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003. Comentário ao art. 424, fl. 1.147.

CONVOCADA DO TJ/SE), STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:15/04/2013 ..DTPB:.)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PROCESSO PENAL. PEDIDO DE DESAFORAMENTO. PARCIALIDADE DOS JURADOS. NÃO INDICAÇÃO DE DADOS CONCRETOS. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. Meras suposições de que a repercussão do delito possa influenciar na decisão dos jurados não são suficientes para deslocar o julgamento popular. O pedido de desaforamento,

para ser deferido, deve estar baseado em fatos concretos existentes nos autos. 2. No caso, ainda que o crime de homicídio imputado ao Paciente tenha causado clamor público, o writ não indicou prova que colocasse em dúvida a imparcialidade do Conselho de Sentença. 3. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 201000511519, LAURITA VAZ, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:03/12/2012 ..DTPB:.)

Primeira Seção

Numeração única: 0028294-24.2005.4.01.0000

Ação Rescisória 2005.01.00.059040-0/DF

Relator: Desembargador Federal João Luiz de Sousa
Autor: Tiago Pereira da Silva
Defensor: Dr. Cloves Pinheiro da Silva
Ré: União Federal – Ministério da Defesa
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Publicação: e-DJF1 de 12/01/2016, p. 135

Ementa

Processual Civil e Administrativo. Ação rescisória. Militar temporário. Licenciamento. Violação literal de lei. Não ocorrência. Documento novo. Atestado médico posterior ao trânsito em julgado da sentença rescindenda. Improcedência.

I. Ação rescisória fundada no art. 485, V e VII, do Código de Processo Civil, objetivando a rescisão de acórdão proferido pela Segunda Turma desta Corte, que manteve a improcedência da pretensão inicial quanto ao pedido de reforma militar requerida nos termos dos arts. 108, VI e 111 da Lei 6.880/1980, bem assim quanto à indenização por danos morais.

II. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a violação de lei que propicia o manejo da ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, pressupõe que a norma legal tenha sido ofendida em sua literalidade pela decisão rescindenda. Assim, mostra-se inviável a ação rescisória com fundamento no referido dispositivo legal quando não há qualquer pronunciamento da questão tida como violada na decisão que se pretende desconstituir. (REsp 708675/RJ. rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ de 19/05/2005, p. 372.)

III. O militar temporário, não estável, declarado definitivamente incapaz, em razão de doença sem relação de causa e efeito com as atividades da caserna, somente tem direito à reforma se restar comprovada sua invalidez para qualquer trabalho ao tempo da desincorporação.

IV. O documento novo ao qual se reporta o autor é um atestado médico (fl. 450), que não atende ao dispositivo processual autorizador da ação rescisória porquanto produzido posteriormente ao encerramento da ação na qual proferida a sentença rescindenda. Enquanto o trânsito em julgado da sentença ocorreu em 03/06/2004, o atestado médico foi emitido em 28 de junho de 2005.

V. O conteúdo do atestado médico não constitui qualquer novidade no contexto da ação, eis que há nele tão somente informações que já eram conhecidas ao tempo da sentença e do acórdão que o autor busca invalidar, qual seja, a circunstância de estar acometido de *Neurocisticercose*, que, na sua forma ativa, provoca crises epiléticas. A apreciação de tal documento, de modo algum, evidencia que, ao tempo de sua desincorporação, o autor se encontrava definitivamente incapacitado para toda e qualquer atividade laboral.

VI. Ação rescisória improcedente. Condenação do autor no pagamento da multa prevista no art. 488, II, do Código de Processo Civil, bem como em honorários de sucumbência ora arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais); ficando, todavia, suspensa a exigibilidade, em virtude da concessão do benefício de gratuidade judiciária.

Acórdão

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

1ª Seção do TRF 1ª Região – 17/11/2015.

Desembargador Federal *João Luiz de Sousa*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *João Luiz de Sousa*: — Trata-se de ação rescisória proposta em desfavor da União Federal, requerendo a rescisão de acórdão prolatado pela Segunda Turma desta Corte, que, por maioria, negou provimento à apelação interposta por Tiago Pereira da Silva, nos autos da Ação Ordinária 1999.34.00.028977-9/DF, pelos mesmos fundamentos deduzidos pelo juízo *a quo*, o qual julgou improcedente a pretensão inicial quanto ao pedido de reforma militar requerida nos termos dos arts. 108, VI e 111 da Lei 6.880/1980, bem assim quanto à indenização por danos morais.

Tem por fundamento o art. 485, V e VII, do Código de Processo Civil. Assim sendo, pretende o autor obter *judicium rescindens* cumulado com *judicium rescisorium* do acórdão proferido nos autos da Ação Ordinária 1999.34.00.028977-9/DF, alegando manifesta violação a literal dispositivo da Lei 6.880/1980, em seus arts. 108, VI e 111, e do Código Civil de 1916, em seus arts. 159 e 172, V; bem assim a existência de documento novo capaz de demonstrar a situação fática acometida pelo autor.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 18-488.

Citada, a União apresentou a contestação de fls. 494-506, suscitando, em preliminar, impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, enfatiza a improcedência da ação, sob o argumento de que a desincorporação do autor se deu de acordo com o art. 140, nº 2, do Decreto 57.654/1966, sendo ele militar temporário e considerado incapaz por doença sem relação de causa e efeito com o serviço militar.

Réplica ofertada – fls. 544-553.

Sem especificação de outras provas.

Razões finais apresentadas.

Em parecer de fls. 558-566, o Ministério Público Federal manifestou-se pela extinção da rescisória sem

julgamento do mérito e, se analisada no mérito, opinou por sua improcedência.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal *João Luiz de Sousa*: — Destaco, inicialmente, que o acórdão rescindendo transitou em julgado em 03/06/2004 e a ação foi ajuizada em 22/08/2005 (fl. 02), sendo, portanto, tempestiva, eis que foi proposta no biênio legal.

A União suscitou preliminar de inépcia da inicial, em razão da impossibilidade jurídica do pedido, sob o argumento de que não teria restado configurada nenhuma das hipóteses autorizadoras da propositura de ação rescisória, a teor do art. 485, do CPC. Contudo, tal questionamento se confunde com o mérito da questão e será com ele analisado, razão pela qual rejeito a presente preliminar.

Passo, pois, à análise do mérito.

De início, concedo ao autor o benefício da assistência judiciária gratuita.

Consoante já alinhavado, pretende o autor a rescisão de acórdão deste Tribunal, que manteve os fundamentos da sentença proferida pelo Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da Ação Ordinária 1999.34.00.028977-9/DF, que, por sua vez, julgou improcedente o pleito inicial no tocante à reforma militar requerida nos termos do art. 111 da Lei 6.880/1980, bem como quanto à indenização por danos morais.

Alicerçou sua pretensão nos arts. 108, VI e 111 da Lei 6.880/1980 e arts. 159 e 172, V, do CC/1916, alegando que houve contrariedade aos preceitos dos dispositivos legais supra referidos, (art. 485, V, do CPC),

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Gilda Sigmaringa Seixas, Candido Moraes e Jamil de Jesus Oliveira e os Exmos. Srs. Juízes Federais Carlos Augusto Pires Brandão e Cleberson José Rocha (convocados).

bem assim na existência de documento novo (art. 485, VII, do CPC) que, segundo o demandante, seria capaz de provar sua incapacidade para qualquer trabalho.

O art. 485, V, do Código de Processo Civil permite a rescisão de decisão transitada em julgado por literal ofensa a dispositivo legal. Contudo, a violação legal determinante para a rescisão de decisão passada em julgado, tal como permite o art. 485, V, do Código de Processo Civil, consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que

[...] violação de lei que propicia o manejo da ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, pressupõe que a norma legal tenha sido ofendida em sua literalidade pela decisão rescindenda. Assim, mostra-se inviável a ação rescisória com fundamento no referido dispositivo legal quando não há qualquer pronunciamento da questão tida como violada na decisão que se pretende desconstituir.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados:

PROCESSIONAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REAJUSTE DE 28,86%. COMPENSAÇÃO COM REAJUSTES CONCEDIDOS POSTERIORMENTE. RESCISÓRIA. ART. 485, VU, DO CPC. OFENSA A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. MATÉRIA NÃO APRECIADA NA DECISÃO RESCINDENDA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTOS SUFICIENTES PARA EMBASAR A DECISÃO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. Ao Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, não compete a análise de contrariedade ao texto constitucional, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

2. Conforme previsto no art. 535 do CPC, os embargos de declaração têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não ocorre omissão no acórdão recorrido quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão.

3. É firme o entendimento no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a violação de lei que propicia o manejo da ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, pressupõe que a norma legal tenha sido ofendida em sua literalidade pela decisão rescindenda. Assim, mostra-se inviável a ação rescisória com fundamento no referido dispositivo legal quando não há qualquer pronunciamento da questão tida como violada na decisão que se pretende desconstituir. Precedentes.

4. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 708675/RJ. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ de 19.05.2005 p. 372).

AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENSÃO DA AUTORA EM VER RECONHECIDA A SUA QUALIDADE DE ÚNICA HERDEIRA DE PESSOA FALECIDA NO BRASIL. ERRO DE FATO E VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI.

- Há erro de fato, a justificar a propositura da ação rescisória, quando a sentença admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. É indispensável, tanto num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato (art. 485, IX, parágrafos 1º e 2º, do CPC). Requisitos não ocorrentes na espécie. Controvérsia, ademais, que se restringe a questão de direito.

- Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, prospere, é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se "recurso" ordinário com prazo de interposição de dois anos (RESP 9.086-SP).

- A ação rescisória não se destina a revisar a justiça da decisão. Ação julgada improcedente.

(AR 464/RJ. Rel. Min. Barros Monteiro. DJ de 19.12.2003, p. 310).

Na hipótese em apreço, o *decisum* rescindendo, ao negar provimento ao apelo do autor, fê-lo forte nas razões lançadas na sentença bem fundamentada do juízo de 1º grau, limitando-se a interpretar os dispositivos legais tidos por violados, sempre dentro do contexto militar em que inserido o autor, na condição de temporário. Ainda que o autor entenda que tal interpretação não lhe favoreça, não há suporte para utilização da rescisória como sucedâneo recursal.

Com efeito, o pleito de reforma com remuneração referente ao mesmo posto ocupado na atividade não merece provimento. Mesmo com a análise do próprio Ministério da Defesa (fl. 450) atestando ser o demandante portador de epilepsia, inexistente perícia que indique incapacidade para qualquer atividade.

Sendo assim, não restaram configurados quaisquer das hipóteses do dispositivo legal que determina a concessão do benefício, mormente porque ausente a comprovação da incapacidade laborativa total.

Ora, o militar temporário tem direito à reforma somente nas seguintes hipóteses: a) com remuneração do posto: a.1) se a incapacidade para o serviço militar tiver relação de causa e efeito do serviço ou decorrer das doenças especificados nos arts. 109 e 108, I, II, III, IV e

V, da Lei 6.880/1980 ou a.2) se ficar totalmente inválido para qualquer atividade, ainda que em decorrência de acidente sem relação de causa efeito com o serviço (art. 111, II, da Lei 6.880/1980); b) Com remuneração do posto hierarquicamente superior quando ficar inválido por incapacidade com relação de causa e efeito com o serviço ou pelas doenças especificadas no art. 110.

Assim, a toda evidência, a desincorporação do recorrente se deu em cumprimento à legislação aplicável à espécie e em consonância com a jurisprudência deste Tribunal. Senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. REFORMA. INCAPACIDADE PARCIAL. REINTEGRAÇÃO. DESCABIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

1. Não há falar em cerceamento de defesa, em virtude da ausência de produção de prova pericial, vez que a prova documental constante nos autos é suficiente para demonstrar que o demandante não faz jus à reforma. Aliás, quando intimado para especificar as provas que pretendia produzir, o autor sequer solicitou a realização de perícia médica.

2. Em conformidade com a legislação que rege a matéria - art.106, II, da Lei n. 6.880/80 - será reformado ex officio o militar que for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas, não bastando, para a reforma, o nexo de causalidade entre a doença e o serviço.

3. A enfermidade do apelante, além de ser pré-existente ao ato de incorporação, caracteriza-se como doença incapacitante para o serviço militar, pelo que obrigatória a desincorporação do mesmo.

4. “Não resultando das lesões incapacidade definitiva para qualquer trabalho, mas somente para as atividades próprias militares, incabível a concessão da aposentadoria militar (reforma). (AC 20023200006084, JUIZ FEDERAL MIGUEL ANGELO DE ALVARENGA LOPES (CONV.), TRF1 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 DATA:14/10/2009 PAGINA:21.)”

5. Apelação não provida.

(Numeração Única: 0003633-45.2005.4.01.3600; AC 2005.36.00.003633-0 / MT; APELAÇÃO CIVEL; Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CANDIDO MORAES; Órgão: SEGUNDA TURMA; Publicação: 21/01/2015 e-DJF1 P. 75)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. CONFIRMAÇÃO PELO ÓRGÃO COLEGIADO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC. INOCORRÊNCIA. MILITAR TEMPORÁRIO. ATO DE DESINCORPORAÇÃO. LEGALIDADE. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A DOENÇA INCAPACITANTE E AS ATIVIDADES MILITARES. AUSÊNCIA. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INDEFERIDO. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO MONOCRÁTICA.

1. Tendo em conta a razoável duração do processo e a efetividade do provimento jurisdicional, a ausência de súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior no sentido da decisão agravada não impede o julgamento do agravo de instrumento com fundamento no artigo 557 do CPC, eis que o magistrado não está obrigado a citar ementas de outros julgados, súmulas ou artigos de lei em suas decisões, bastando que a decisão esteja devidamente motivada, como ocorre na hipótese, o que ainda evita a postergação indefinida de recursos.

2. Ademais, o julgamento colegiado do agravo regimental interposto contra a decisão monocrática do Relator supre eventual ofensa ao referido dispositivo legal, até porque inexistente prejuízo à parte. Precedentes do STJ.

3. O Estatuto dos Militares (Lei n. 6.880/1980) prevê a desincorporação como uma das hipóteses de exclusão do serviço ativo das forças armadas e de desligamento do militar da organização a que estiver vinculado, além de regular as hipóteses em que o militar, temporário ou efetivo, tem direito à reforma pela incapacidade definitiva.

4. Segundo os arts. 106, 108 e 110, da referida Lei n. 6.880/1980, a regra geral é de que o militar temporário declarado definitivamente incapaz para o serviço ativo das Forças Armadas será desincorporado. Somente terá direito à reforma o militar que comprove dez ou mais anos de tempo de serviço, caso venha ser considerado definitivamente incapaz, ou aquele que, independentemente do tempo de serviço, seja considerado definitivamente incapaz em razão de doença, moléstia ou enfermidade adquirida em tempo de paz e que comprovadamente tenha nexo de causalidade com o serviço militar. De outro lado, o militar será agregado se for afastado do serviço por incapacidade temporária ou, se definitiva, até que finde o processo de reforma, quando for este o caso.

5. O militar temporário não tem direito ao engajamento ou reengajamento, se não comprovado o nexo de causalidade entre a doença desenvolvida e a atividade militar ou a incapacidade para qualquer serviço. Precedentes desta Corte.

6. No caso vertente, o autor, militar não-estável, foi declarado definitivamente incapaz para o serviço militar por ser portador de “labirintopatia vestibular periférica deficiente à esquerda”, e a análise da documentação acostada aos autos não revela a relação de causa e efeito entre a doença do autor, que ocasionou a sua incapacidade definitiva para o serviço militar, e as atividades da caserna. Assim, não se enquadra nas hipóteses legais em que concedida a reforma ex officio.

7. Não obstante os argumentos apresentados nas razões do regimental, a tese jurídica veiculada pela parte agravante não é capaz de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada.

8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Numeração Única: AGA 0009633-16.2013.4.01.0000 / DF; AGRAVO REGIMENTAL

NO AGRAVO DE INSTRUMENTO; Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL ÂNGELA CATÃO; Órgão: PRIMEIRA TURMA; Publicação: 31/07/2014 e-DJF1 P. 290).

Em tal perspectiva, a única interpretação possível acerca do pedido do autor é a de que pretende ele, por esta via, ver reapreciado o mérito da causa, a partir das ponderações ora trazidas com o recurso.

Também pede a rescisão da sentença ao fundamento de existência de documento novo, pelo qual restaria comprovada a sua incapacidade, em razão de doença acometida quando ainda no Exército. A doença a que se refere o autor e que, segundo ele, tornaria-o inválido, é a Neurocisticercose, mal provocado pela infecção do sistema nervoso pela forma larvária da *Taenia solium*, sendo ela responsável por crises epiléticas. Entretanto, em nenhum momento, restou demonstrada a relação de causa e efeito entre a doença e o serviço militar.

Ocorre que o documento novo ao qual se reporta o autor é o existente à fl. 450. Trata-se de atestado médico, mediante o qual o neurocirurgião do Ministério da Defesa informa que “o paciente é portador de epilepsia de difícil controle”. Ora, tal conteúdo não constitui qualquer novidade no contexto desta ação.

Com efeito, há nele tão somente informações que já eram conhecidas ao tempo da sentença e do acórdão que o ora autor busca invalidar, qual seja, a circunstância de estar acometido de *Neurocisticercose*, que, na sua forma ativa, provoca crises epiléticas.

Tal documento que o autor afirma ser desconhecido ao tempo da prolação do acórdão rescindendo nada acrescenta àquilo que já se sabia a respeito dessa situação. O atestado médico foi elaborado mais de 10 anos após os exames médicos que o consideraram inapto para as atividades militares e não contradiz o documento utilizado por ocasião da ação ordinária.

O documento citado não atende ao dispositivo processual autorizador da ação rescisória (art. 485, VII, do CPC), porquanto produzido posteriormente ao encerramento da ação na qual proferida a sentença rescindenda. Enquanto o trânsito em julgado da sentença ocorreu em 03/06/2004, o atestado médico foi emitido em 28 de junho de 2005.

Nesse contexto, no propósito de perseguir a desconstituição da coisa julgada, em verdade o autor pretende reabrir a discussão da causa, apresentando argumentos e elementos, oportunamente não produzidos em momento próprio de recurso.

Entender de modo contrário implicaria validar a utilização da ação rescisória para a perenização de demanda já resolvida por esta Corte, em evidente afronta ao princípio da estabilização das relações jurídicas e em prejuízo da segurança jurídica — corolário da coisa julgada.

Certamente que a ação rescisória não se destina à correção de suposta injustiça de sentença, reapreciação dos fatos, visando a uma nova interpretação em sintonia com os interesses do autor, ou ainda, com esse mesmo propósito, proceder ao reexame das provas que serviram de base ao julgamento que se visa rescindir.

Consoante jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, o cabimento da ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil pressupõe que o julgado rescindendo, ao aplicar determinada norma na decisão da causa, tenha violado sua literalidade de forma evidente e direta. Não se configurando essa hipótese, ou se está em face de pedido infundado, ou de hipótese manejável por via recursal e não pela específica via rescindenda.

A ação rescisória é meio excepcional para elisão da coisa julgada. De tal modo, somente em face da presença de hipóteses extraordinárias expressamente enumeradas em lei se mostra possível o seu manejo. Daí, constituir a citada via remédio extremo, destinado, exclusivamente, a esse desiderato, não se prestando a substituir qualquer via recursal.

A apreciação dos documentos trazidos pelo autor, de modo algum, evidencia que, *ao tempo de sua desincorporação*, encontrava-se definitivamente incapacitado para toda e qualquer atividade laboral, portanto sem condições de prover a própria subsistência.

De igual modo, apesar dos ingentes esforços, o que se comprova pela multiplicidade de petições trazidas aos autos durante toda a marcha processual, não logrou demonstrar onde está a alegada violação a literal disposição de lei.

A doutrina e a jurisprudência entendem que a violação legal apta a amparar a rescisão do julgado há de ser indiscutível. Assim, não resta configurada a hipótese em face de mera divergência de entendimento (Súmula 343 do STF). Ora, no caso sob análise, o juiz aplicou interpretação razoável da lei.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. PROVA PERICIAL. ARGÜIÇÃO

DE FALSIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. RAZÕES DE RECURSO DISSOCIADAS DO FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA N. 284/STF.

1. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça revisar as premissas fáticas que nortearam o juízo consubstanciado no acórdão recorrido. Aplicação da Súmula n. 7/STJ.

2. Incide o óbice da Súmula n. 284/STF quando o recurso especial deixa de infirmar o núcleo central da decisão recorrida.

3. “A rescisória não se presta a apreciar a boa ou má interpretação dos fatos, ao reexame da prova produzida ou a sua complementação. Em outras palavras, a má apreciação da prova ou a injustiça da sentença não autorizam a ação rescisória” (REsp n. 147.796-MA, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 28/6/1999).

4. Recurso especial não-conhecido.

(Resp 474.386/AM; Relator(a): Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123); Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento: 02/06/2005; Data da Publicação/Fonte: DJ 22/08/2005 p. 193)

ACÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO. DISPOSIÇÃO. LEI. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO. REEXAME. PROVA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não importa em infringência de disposição de lei o acórdão que, em sede de recurso especial, decide a controvérsia com base em interpretação cabível de texto legal, pressupondo, o cabimento da ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, que represente violação de sua literalidade, hipótese não caracterizada na espécie.

2. O reexame do conjunto fático-probatório é impróprio à via rescisória, objetivando corrigir erro de legalidade, dada a sua natureza excepcional. Precedentes.

3. Pedido julgado improcedente.

(AR 2994 SP; Relator(a): Ministro FERNANDO GONÇALVES (1107); Revisor(a): Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (1108); Órgão Julgador: S2 - SEGUNDA SEÇÃO; Data do Julgamento: 09/11/2005; Data da Publicação/Fonte: DJ 20/03/2006 p. 188)

Nesse mesmo sentido foi lavrado o parecer do Ministério Público Federal, o qual acolho *in totum* e adoto, também, como razões de decidir. Confira-se:

Se conhecida, no mérito, não assiste razão ao autor.

O autor fazia parte do Exército Brasileiro, ingressando em 18.05.1982 (fls. 023). No curso do serviço militar, foi constatado que ele era portador de doença de nome “epilepsia mais neurocisticercose”, causado, como indicado nas contrarrazões da União (fls. 494/506), pela presença da tênia ou solitária no organismo humano. A avaliação médica, na ocasião, reconheceu sua incapacidade para o “serviço do

Exército” (fls. 20/21), mas não o considerou incapaz para o exercício de outra atividade remunerada.

Em face disso, foi desincorporado das fileiras do exército, mas não foi reformado. Como destacado no acórdão rescindendo, adotando os fundamentos do Juízo a quo, “não se cuidando, como de fato não se cuida, de militar estável, a reforma só tem lugar quando, na hipótese do inciso VI do art. 108, decorrer incapacidade permanente para qualquer trabalho. A incapacidade apenas para as atividades militares, neste caso, não enseja a reforma” (fls. 236).

Pelos mesmos fundamentos de então, ao nosso ver, não faz jus à reforma ora pretendida. Da mesma forma, também não faz jus ao dano moral.

No caso dos autos, a União não praticou qualquer ato ilícito, de forma a autorizar a indenização por dano moral. O fato de o autor sentir-se “desconfortável” por não ter obtido sua reforma na via administrativa, por impossível, não leva ao reconhecimento do dano moral, suscetível de reparação civil.

Ante o exposto, o Ministério Público Federal opina pela extinção da rescisória sem julgamento do mérito e, se analisado, pela improcedência da ação.

Posto isso, julgo improcedente a presente ação rescisória.

Condeno o autor no pagamento da multa prevista no art. 488, II, do Código de Processo Civil, bem assim em honorários de sucumbência que ora arbitro em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), ficando suspensa essa condenação, nos termos da Lei 1.060/1950, em virtude da concessão do benefício de gratuidade judiciária.

É como voto.

Voto-Vista

O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão: — Trata-se de ação rescisória, objetivando rescindir acórdão deste Tribunal proferido na Ação Ordinária 1.999.34.00.028988-9/DF, com base no art. 485, incisos V e VII, do Código de Processo Civil, art. 108, VI, 111 da Lei 6.880/1980 e 172, V, do CC/1916 e 159 do Código Civil/1916. Referido acórdão confirmou a sentença de primeiro grau que julgou improcedente o pedido de reforma do autor nos termos do art. 111 da Lei 6.880/1980 e compensação por alegados danos morais.

A sentença confirmada pelo acórdão rescindendo se fundou na inexistência da incapacidade total e permanente do demandante para toda e qualquer atividade, afastando, por isso mesmo, a reclamada compensação por danos morais (fl. 130-140), *verbis*:

[...] Não se cuidando, como de fato não se cuida, de militar estável, a reforma só tem lugar

quando, na hipótese do inciso VI do art. 108, decorrer incapacidade permanente para qualquer trabalho. A incapacidade apenas para as atividades militares, neste caso, não enseja a reforma. A conclusão da Junta de Inspeção de Saúde e de Recurso, em 24/06/93, foi a seguinte: “*diagnóstico – epilepsia, mas neurocisticercose. parecer – incapaz definitivamente para o serviço do exército. pode prover os meios de subsistência*” (fls. 20). Após outras inspeções a que se submeteu o autor, este parecer não restou modificado, notadamente no que diz respeito à capacidade para atividades civis, como se extrai do Parecer da JISR datado de 04/08/95 (fl. 21).

O acórdão rescidendo, ao seu turno e no que mais se mostra relevante, assim resolveu a questão: [...] *No mérito, verifica-se que o autor ingressou no Exército em 18 de maio de 1992 e que foi dispensado do Serviço Militar e, 21 de julho de 1993, considerado incapaz “c”,* (fls. 15). *Data venia*, não merecem acolhida as alegações lançadas no recurso do autor, as quais não infirmam a r. sentença da lavra do MM. juiz *a quo*, Marcos Augusto de Souza, que se transcreve a seguir e cujas razões se adota como fundamento de decidir:

[...] Segue-se a transcrição do inteiro teor da sentença.

Iniciado o julgamento da ação rescisória, no dia 19/05/2016, o digno Relator do feito houve por bem julgar improcedente o pedido, conforme se segue: [...] Com efeito, o pleito de reforma com remuneração referente ao mesmo posto ocupado na atividade não merece provimento. Mesmo com a análise do próprio Ministério da Defesa (fl. 450) atestando ser o demandante portador de epilepsia, inexistente perícia que indique a incapacidade para qualquer atividade. Sendo assim, não restaram configurados quaisquer das hipóteses do dispositivo legal que determina a concessão do benefício, mormente porque ausente a comprovação da incapacidade laborativa total. [...] Assim, a toda evidência, a desincorporação do recorrente se deu em cumprimento à legislação aplicável à espécie e em consonância com a jurisprudência deste Tribunal [...].

Prosseguindo no julgamento, pedi vista para melhor examinar a questão e passo a proferir o meu voto.

A pretensão rescidenda se funda na alegada existência de documento novo, com o qual restaria evidenciado o seu direito à pretendida reforma, pela contrariedade aos preceitos legais supra. Com tal incursão intenta o autor evidenciar a sua total e definitiva incapacidade para toda e qualquer atividade já ao tempo de sua desincorporação do Serviço Militar. A proceder, portanto, tal assertiva, o ato de sua

dispensa se afiguraria de fato contrário à legislação de regência.

Da análise desses documentos (fls. 7, 125 e 126), não se mostra viável a pretensão rescidenda. Tais elementos encerram informações já aportadas aos autos. De fato, a circunstância de se encontrar ele acometido de neurocisticercose, na sua forma ativa, evidenciando, mais, quadros de crises epiléticas já era conhecida ao tempo da sentença e do acórdão que ora o autor busca invalidar. Não constituem tais documentos qualquer novidade no contexto desta ação rescisória.

Diga-se, mais, que atestado médico sobre encontrar-se o autor acometido de epilepsia, produzido mais de 10 anos após o ato da desincorporação, não se presta a invalidá-lo, porque não consegue infirmar as razões que embasaram o ato — a incapacidade do militar apenas para os misteres da caserna.

Ora, somente nas seguintes hipóteses o militar temporário tem direito à reforma: a) com remuneração do posto: a.1) se a incapacidade para o serviço militar tiver relação de causa e efeito do serviço ou decorrer das doenças especificados nos arts. 109 e 108, I, II, III, IV e V, da Lei 6.80/1980; ou a.2) se ficar totalmente inválido para qualquer atividade ainda que em decorrência de acidente sem relação de causa efeito com o serviço (art. 111, II, da Lei 6.880/1980); b) com remuneração do posto hierarquicamente superior quando ficar inválido por incapacidade com relação de causa e efeito com o serviço ou pelas doenças especificadas no art. 110.

Assim, à evidência, a desincorporação do recorrente se deu em cumprimento à legislação aplicável à espécie e em consonância com a jurisprudência deste Tribunal. Senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. MILITAR. AGRAVO RETIDO. CPC, ART. 523, § 1º. PRESCRIÇÃO. INCAPAZ. REFORMA. INCAPACIDADE DEFINITIVA. INVALIDEZ TOTAL E PERMANENTE. MILITAR TEMPORÁRIO. DIREITO DE REFORMA RECONHECIDO. MESMO POSTO. ART. 111, II, DA LEI 6.880/80. AUXÍLIO-INVALIDEZ. LEI 11.421/2006. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. APELAÇÃO IMPROVIDA. REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA. 1. Não se conhece do agravo retido quando não reiterado nas razões ou nas contrarrazões da apelação (CPC, art. 523, § 1º). 2. No que toca a preliminar suscitada pela União no sentido de que houve ofensa ao art. 294 do CPC, sem razão. Consta nos autos que fora determinada a citação da União em 18.09.2007 (fl. 34). Contudo, a Defensoria Pública da União realizou aditamento à inicial em 25.04.2008 (fls. 241/248), ou seja, posteriormente à citação da parte ré. 3. Considerando que os arts. 3º, II c/c art. 198, I, ambos do Código Civil, sustentam que não corre prescrição

aos que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, deve ser afastada a prejudicial de prescrição avertada pela União. 4. O militar temporário tem direito à reforma: a) com remuneração do posto: a.1) se a incapacidade para o serviço militar tiver relação de causa e efeito do serviço ou decorrer das doenças especificados no art. 109 e 108, I, II, III, IV e V, da Lei 6.800/80; ou a.2) se ficar totalmente inválido para qualquer atividade ainda que em decorrência de acidente sem relação de causa efeito com o serviço (art. 111, II, da Lei 6.880/80); b) com remuneração do posto hierarquicamente superior quando ficar inválido por incapacidade com relação de causa e efeito com o serviço ou pelas doenças especificadas no art. 110. 5. O apelado foi incorporado às fileiras do Exército Brasileiro em 05.05.1995. A prova documental acostada (fl. 163) aponta que o autor fora desincorporado por insuficiência física definitiva para o serviço militar em 09.04.1996. 6. O médico-perito não concluiu de forma incontestável que o apelado, no momento da desincorporação, estivesse total e permanentemente incapacitado para qualquer trabalho, civil ou militar, fato que enseja a reforma do militar no mesmo posto em que se encontrava. (art. 31, §2º, “c” da Lei 4.375/64 c/c art. 108, incisos II, III e VI e art. 111, incisos I e II, ambos da Lei 6.880/80). 7. No caso em tela, o expert, respondendo quesito elaborado pela União, pontuou que a parte autora necessita de auxílio de um adulto “cuidador”, portanto, faz jus ao auxílio-invalidez. A jurisprudência dominante perfilha entendimento no sentido de que o acompanhamento ambulatorial com consultas regulares e visitas a clínicas geram o direito à percepção ao auxílio invalidez. 8. A correção monetária incide sobre o débito previdenciário, a partir do vencimento de cada prestação, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. 9. Os juros de mora devem incidir no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97, na redação dada pela MP 2.180-35/2001, e, a contar da vigência da Lei 11.960/2009, a título de correção monetária e juros de mora, deverá incidir a taxa de remuneração básica e juros da caderneta de poupança. 10. Agravo retido não conhecido (item 1). Apelação improvida. Remessa oficial, parcialmente provida (itens 3, 8 e 9).

(AC 0007457-88.2009.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO DE ASSIS BETTI, Rel. Conv. JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA (CONV.), SEGUNDA TURMA, e-DJF1 p.277 de 20/09/2013)

Ademais, não configura violação à literal disposição de lei, a embasar pretensão rescindenda, o indeferimento de pedido de reforma de militar fundado em declaração de junta médica oficial de não ser ele incapacitado para qualquer atividade,

mas apenas para as próprias da caserna, apesar de se encontrar acometida por epilepsia, como na hipótese.

O cabimento da ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil pressupõe que o julgado rescindendo, ao aplicar determinada norma na resolução da causa, tenha violado sua literalidade de forma evidente e direta. Na espécie, há uma análise do próprio Exército (fls.) atestando ser o demandante portador de epilepsia, todavia, inexistente perícia que indique incapacidade para qualquer atividade. Sendo assim, não caracteriza uma das hipóteses de concessão do benefício, porque ausente a comprovação da incapacidade laborativa total. Impertinente, portanto, a alegada contrariedade à literalidade a texto legal que oportunizaria a propositura da rescisória por tal fundamento. Nesse sentido, veja-se julgado desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. REDISCUSSÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS. ALEGAÇÃO DE ERRO DE FATO NÃO CONFIGURADA.

1. A ação rescisória não é meio processual adequado para a reabertura da discussão da prova do processo encerrado, à conta de injustiça ou de erro de avaliação, em sentença condenatória em ação de improbidade administrativa. 2. Quando ajuizada por violação de lei, o juízo rescindente somente se justifica quando a lei for ofendida na sua literalidade, e não sob alegação de errônea valoração da prova. Nessa hipótese, imprescindível a indicação dos dispositivos legais que o julgado rescindendo teria violado. 3. Há erro de fato, para efeito de ação rescisória, quando o julgado, elegendos os seus fundamentos, admite um fato inexistente, ou considera inexistente um fato efetivamente ocorrido, não tendo havido em nenhum dos casos, pronunciamento judicial sobre o fato (art. 485, §§ 1º e 2º - CPC), hipóteses não ocorrentes na espécie. 4. Ação rescisória julgada improcedente.

(AR 0005515-36.2009.4.01.0000/BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF1 p.9 de 03/09/2014)

Em tal perspectiva, a única interpretação possível é a de que pretende o autor, por esta via, ver reapreciado o mérito da causa, a partir das ponderações ora trazidas. Ocorre que, como antes fundamentado, os alegados documentos novos nada acrescentam àquilo que já se sabia a respeito da matéria. O princípio da estabilização das relações e da segurança jurídicas, corolários da coisa julgada não se compadecem com condutas que, longe de pacificar, concorrem para o elastecimento temporal das demandas. É o quanto se daria na espécie, acaso validada a tese autoral.

Ação rescisória não é veículo hábil a fazer convergir o julgado com os interesses do demandante, a pretexto de expurgar-lhe afirmada injustiça.

Quanto ao ponto, veja-se precedente desta Corte, *verbis*:

PROCESSO CIVIL – AÇÃO RESCISÓRIA – VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI.

1. Não se presta a rescisória para correção de injustiças cometidas na decisão rescindenda.
2. Inexistência de dispositivo legal violado pelo acórdão.
3. Incabimento da ação rescisória. (TRF-1ª, 2ª Seção, AR 93.01.31984-5/MT, Rel. Juíza Eliana Calmon, public. no DJ de 15.08.1994, pág. 43.574).

Consoante jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, o cabimento da ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil pressupõe que o julgado rescindendo, ao aplicar determinada norma na decisão da causa, tenha violado sua literalidade de forma evidente e direta. Não se configurando essa hipótese, ou se está em face de pedido infundado, ou de hipótese de insurgência manejável na via recursal, e não pela específica via rescindenda.

A elisão da coisa julgada por via da ação rescisória se dá em circunstâncias excepcionálíssimas, estabelecidas *numerus clausus* no art. 485, CPC. Daí, constituir a citada via remédio extremo, destinado, exclusivamente, a esse desiderato, não se prestando a substituir qualquer via recursal.

A apreciação dos documentos trazidos pelo autor, de modo algum, evidenciam que, ao tempo de sua desincorporação se encontrava definitivamente incapacitado para toda e qualquer atividade laboral, portanto sem condições de prover a própria subsistência. De igual modo, apesar dos seus ingentes esforços — o que se comprova pela multiplicidade de petições trazidas aos autos durante toda a marcha processual —, não logrou demonstrar a alegada violação a literal disposição de lei. A doutrina e a jurisprudência entendem que a violação legal apta a amparar a rescisão do julgado há de ser indiscutível. Assim, não resta configurada a hipótese em face de mera divergência de entendimento (Súmula 343 do STF). Ora, no caso sob análise, o juiz aplicou interpretação razoável da lei.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. PROVA PERICIAL. ARGÜIÇÃO

DE FALSIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. RAZÕES DE RECURSO DISSOCIADAS DO FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA N.284/STF.

1. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça revisar as premissas fáticas que nortearam o juízo consubstanciado no acórdão recorrido. Aplicação da Súmula n. 7/STJ.

2. Incide o óbice da Súmula n. 284/STF quando o recurso especial deixa de infirmar o núcleo central da decisão recorrida.

3. “A rescisória não se presta a apreciar a boa ou má interpretação dos fatos, ao reexame da prova produzida ou a sua complementação. Em outras palavras, a má apreciação da prova ou a injustiça da sentença não autorizam a ação rescisória” (REsp n. 147.796-MA, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 28/6/1999).

4. Recurso especial não-conhecido.”

(REsp 474.386/AM, Rel. MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02.06.2005, DJ 22.08.2005 p. 193).

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. IPC's. SERVIDOR DO DISTRITO FEDERAL. AÇÃO RESCISÓRIA QUE OBJETIVA RESCINDIR ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL QUE ENTENDEU QUE NA PRETENSÃO DE REAJUSTE DECORRENTE DOS IPCS A PRESCRIÇÃO É DO FUNDO DE DIREITO. QUESTÃO QUE JÁ SE PACIFICOU, POSTERIORMENTE, NESTA CORTE NO SENTIDO DE QUE A PRESCRIÇÃO É A DE TRATO SUCESSIVO (SÚMULA 85-STJ). ENTENDIMENTO QUE NÃO AUTORIZA A INTERPOSIÇÃO DA RESCISÓRIA POR PRETENSÃO VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSITIVO LEGAL (ART. 485, V, CPC). INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL QUE, PARA ANALISAR A VIOLAÇÃO AO ART. 485, V, NECESSITA INCURSÃO POR MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

I- “A violação da lei que autoriza o remédio extremo da rescisória é aquela que consubstancia desprezo pelo sistema de normas no julgado rescindendo” (AgRg na AR nº 3.337-SP, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 10.10.05).

II-O simples fato de a jurisprudência desta Corte ter-se inclinado no sentido de que no direito ao reajuste dos IPCs a prescrição é de trato sucessivo (Súmula 85-STJ) não autoriza o entendimento de que o Tribunal a quo teria violado literalmente preceito de lei. Precedentes.

III- É inviável, no âmbito do recurso especial, a análise de matéria constitucional para verificação de pretensa violação literal de dispositivo legal que autorizaria a interposição da ação rescisória.

IV. Agravo regimental desprovido.” (grifou-se).

(AgRg no REsp 799.754/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16.03.2006, DJ 10.04.2006 p. 294) AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO.

DISPOSIÇÃO. LEI. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO. REEXAME. PROVA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não importa em infringência de disposição de lei o acórdão que, em sede de recurso especial, decide a controvérsia com base em interpretação cabível de texto legal, pressupondo, o cabimento da ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, que represente violação de sua literalidade, hipótese não caracterizada na espécie.

2. O reexame do conjunto fático-probatório é impróprio à via rescisória, objetivando corrigir erro de legalidade, dada a sua natureza excepcional. Precedentes.

3. Pedido julgado improcedente.

(AR 2.994/SP, Rel. MIN. FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09.11.2005, DJ 20.03.2006 p. 188) grifou-se.

A jurisprudência desta Corte se firmou no mesmo entendimento. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. SÚMULA 343 DO STF. PRESCRIÇÃO: MUDANÇA DE ENTENDIMENTO NO ÂMBITO DA CORTE. MATÉRIA DE NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE DA AÇÃO RESCISÓRIA.

1. “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” (Súmula 343 do STF).

2. A mudança de entendimento do Tribunal, no sentido da aplicação da prescrição decenal e não quinquenal para a compensação do FINSOCIAL, não justifica a interposição de ação rescisória, seja porque a matéria é de natureza infraconstitucional, seja porque a sua interpretação na época era controvertida nos tribunais.

3. Inadmissibilidade da ação rescisória.

(AR 2004.01.00.030098-3/MG, Rel. Desembargador Federal Leomar Barros Amorim De Sousa, Quarta Seção, DJ de 18/05/2006, p.05)

Sob tais fundamentos, adiro, integralmente, aos judiciosos fundamentos do digno relator, considerando ser, de fato, incabível a presente rescisória, evidenciando-se o interesse do autor de, por meio dela, buscar melhor sorte em demanda já julgada e sob a proteção da coisa julgada.

É como voto.

Primeira Seção

Embargos Infringentes 0012336-97.2012.4.01.3800/MG

Relator: Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado)
 Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Embargada: Maristela de Castro Medeiros
 Advogado: Dr. Paulo Henrique Barbosa Rezende Dutra
 Publicação: e-DJF1 de 1º/02/2016, p. 390

Ementa

Previdenciário. Processual Civil. Aposentadoria por tempo de contribuição/serviço. Renúncia. Concessão de novo benefício. Cômputo de tempo de serviço laborado após a concessão do primeiro benefício. Possibilidade. Art. 485, V do CPC. Ofensa do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991 e dos arts. 5º, XXXVI, 194 e 195, todos da CF/1988. Não ocorrência. Embargos infringentes rejeitados.

I. É possível a renúncia à aposentadoria para fins de aproveitamento do tempo de contribuição e concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, uma vez que a aposentadoria constitui direito patrimonial disponível. Precedentes do STJ e desta Corte (AGA 200901000657626, Desembargadora Federal Mônica Sifuentes, Segunda Turma, e-DJF1, data: 09/09/2011, AGA 200901000670402, Juiz Marcos Augusto de Sousa (convocado), Primeira Turma, e-DJF1, data: 13/07/2010 e AGA 200901000568455, Juiz Rodrigo Navarro de Oliveira (convocado), Primeira Turma, e-DJF1, data: 1º/06/2010).

II. O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar o tema, firmou o entendimento de que a renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução

dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos (REsp 1113682/SC, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ acórdão Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 26/04/2010 e AgRg no REsp 1.107.638/PR, Quinta Turma, relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 25/05/2009).

III. Não há violação ao disposto no art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, que veda ao segurado aposentado que permanecer exercendo atividade vinculada ao RGPS, ou a ela retornar, a percepção de nova prestação devida em razão do exercício dessa atividade, ressalvadas as exceções previstas. O escopo da vedação constante nos dispositivos acima citados é impedir que o segurado aposentado que continue em atividade venha a perceber, de forma cumulativa com a aposentadoria concedida, outro benefício não contemplado no rol de exceções, o que não é a hipótese dos autos originários.

IV. Embargos infringentes rejeitados.

Acórdão

Decide a Seção, à unanimidade, rejeitar os embargos infringentes.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 19/01/2016.

Juiz Federal *Cleberon José Rocha*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberon José Rocha:
— Trata-se de embargos infringentes opostos pelo INSS contra o v. acórdão (fls. 110-117) proferido pela 1ª Turma deste Tribunal, da lavra do Desembargador Federal Carlos Augusto Pires Brandão.

Na aludida assentada, ficou vencido o eminente Desembargador Federal Jamil Rosa de Jesus Oliveira, que acolhia a tese sustentada pelo INSS indeferindo o pleito de desaposentação (fls. 102-107).

O INSS, nos embargos infringentes, sustenta que deve ser mantido o entendimento perfilhado no voto vencido da lavra do Desembargador Federal Carlos Augusto Pires Brandão. Afirma que o voto vencedor não observou o art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991 e os arts. 5º, XXXVI, 194 e 195, todos da CF/1988. Tece considerações acerca da constitucionalidade da vedação legal ao emprego das contribuições posteriores à aposentadoria; que o contribuinte em gozo de aposentadoria pertence a uma espécie que apenas contribui para o custeio do sistema, não para a obtenção de benefícios. Por fim, afirma que a aposentadoria é irrenunciável, conforme dispõe o art. 58, § 2º, do Decreto 2.172/1997 e art. 181-B do Decreto 3.048/1999, em sua nova redação (fls. 119-129).

Não houve apresentação de contrarrazões (fl. 131).

Embargos infringentes admitidos à fl. 132.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberon José Rocha: — Os embargos infringentes devem ser rejeitados.

A cognição se limita ao objeto da divergência (art. 530 do CPC).

A todo modo, a matéria em exame já foi apreciada pelo e. STJ, em sede de recursos repetitivos, no julgamento do REsp 1.334.488/SC (relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 14/05/2013), tendo sido consagrado o entendimento de que os benefícios previdenciários, por constituírem direito patrimonial disponível, podem ser objeto de renúncia por parte de seus titulares, nestes termos:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.

2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira e os Exmos. Srs. Juízes Federais Carlos Augusto Pires Brandão, Francisco Neves da Cunha e Lana Ligia Galati (convocados).

período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.

3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preferir para a concessão de novo e posterior jubramento. Precedentes do STJ.

4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.

5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.

6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

Muito embora se tenha reconhecido a possibilidade de se renunciar ao benefício previdenciário em razão da sua natureza patrimonial, também é fato que o art. 181-B do Decreto 3.048/1999, acrescentado pelo Decreto 3.265/1999, ao prever a impossibilidade de renúncia às aposentadorias por idade, tempo de contribuição (tempo de serviço) e especial, criou disposição normativa sem correspondência na Lei 8.213/1991, extrapolando os limites da lei regulamentada, circunstância inadmissível no atual sistema jurídico pátrio.

Acrescento que não há violação ao disposto no art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, que veda ao segurado aposentado que permanecer exercendo atividade vinculada ao RGPS, ou a ela retornar, a percepção de

nova prestação devida em razão do exercício dessa atividade, ressalvadas as exceções previstas.

É que o escopo da vedação constante do § 2º do art. 18 da Lei 8.213/1991 é impedir que o segurado aposentado que continue em atividade venha a perceber, de forma cumulativa com a aposentadoria concedida, outro benefício não contemplado no rol de exceções. Entretanto, essa não é a hipótese dos autos, uma vez que, com a renúncia ao benefício, o segurado perde a sua qualidade de aposentado e, assim, não há óbice a que um novo benefício único lhe seja concedido. Assim, não haveria cumulação indevida de benefícios e, por conseguinte, não haveria afronta ao dispositivo legal em questão.

Vale destacar que as garantias constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito existem em favor do cidadão e não podem ser interpretadas como obstáculo ao exercício de um direito assegurado por lei ou para lhe aplicar restrições não previstas em lei.

Ademais, cabe ressaltar que o tempo de contribuição/serviço não poderia simplesmente ser desconsiderado pela renúncia ao benefício, porquanto, mesmo naqueles casos de reconhecida ilegalidade do vínculo de trabalho (como na contratação pela Administração Pública sem o devido concurso público — contratos por prazo determinado), são assegurados ao contratado os direitos decorrentes daquela relação de emprego, inclusive para fins previdenciários.

Por outro lado, o e. STJ, no julgamento do mesmo REsp 1.334.488/SC, também decidiu pela prescindibilidade da devolução dos valores recebidos a título da aposentadoria concedida, pois enquanto o segurado esteve aposentado ele fez jus à percepção dos seus proventos, mantendo a compensação do benefício cancelado nos moldes fixados na sentença.

Pelo exposto, rejeito os embargos infringentes.

É o voto.

Segunda Seção

Embargos Infringentes e de Nulidade 2007.37.00.007150-1/MA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro
 Embargante: Carla Carvalho Rabelo
 Advogados: Dr. Rafael Moreira Lima Sauer e outro
 Embargada: Justiça Pública
 Procurador: Dr. Wellington Luís de Sousa Bonfim
 Publicação: e-DJF1 de 13/01/2016, p. 170

EMENTA

Penal. Processual Penal. Apelação criminal. Tráfico e associação ao tráfico ilícito de entorpecentes. Causa de diminuição de pena. Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Impossibilidade. Embargos infringentes. Não provimento.

I. Em se tratando de condenação pela prática do crime de associação ao tráfico ilícito de entorpecentes, resta evidenciada a dedicação da ré à atividade criminosa, o que inviabiliza a aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Precedentes.

II. Embargos infringentes não providos.

ACÓRDÃO

Decide a Seção, por unanimidade, negar provimento aos embargos infringentes.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 09/12/2015.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal *Mário César Ribeiro*: — O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra *Carla Carvalho Rabelo* e outros, imputando-lhe a prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, 35 c/c art. 40, todos da Lei 11.343/2006, por ter, “*seguindo recomendação do esposo, o denunciado NAHILTON (fls. 133)*” contratado a *corré Aline Costa*, “*em 19 de junho de 2007 para efetuar o transporte da cocaína de Xinguara/PA até São Luis/MA, por R\$ 2.000,00 (dois mil reais)*” (fl. 7).

Sentenciando o feito (fls. 560-588 e 622-624), o MM. juiz singular julgou *parcialmente procedente a denúncia e condenou Carla Carvalho Rabelo à pena total definitiva de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão*, e ao pagamento de 1.399 (mil trezentos e noventa e nove) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática dos delitos previstos nos art. 33, *caput* e 35, c/c 40, V, da Lei 11.343/2006.

Inconformada, a ré interpôs recurso de apelação (fls. 734-742), requerendo, em síntese, a “*aplicação do princípio do in dubio pro reo para conceder a absolvição da ré, modificando a sentença penal condenatória a ela imposta*”, ao argumento de que

[...] *não tinha conhecimento do que se tratava, nem do fato em si, da droga, do procedimento, apenas resumindo SUA PARTICIPAÇÃO em ligar para ALINE, transmitir o recado de NAHILTON, e entregar-lhe SEGUINDO ORDENS DO MARIDO o dinheiro para as despesas de viagem [...]* (fl. 737).

A egrégia *Quarta Turma* desta Corte Regional Federal, em seção realizada no dia 10/10/2013, decidiu, por maioria, *negar provimento* ao recurso, vencido o Desembargador Federal *Olindo Menezes*, que *dava parcial provimento* ao apelo da ré para *diminuir a pena*

em 1/3 (um terço), em face do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, tendo em vista “*a ausência de informação quanto à reincidência, maus antecedentes, ou que se dedica a atividades criminosas e nem que integra organização criminosa*” (fls. 867-869).

A acusada opôs embargos infringentes (fls. 892-908), sustentando, preliminarmente, cerceamento de defesa “*por ter sido o laudo de balística juntado somente após a prolação da sentença penal condenatória*”.

No mérito, sustenta, em síntese, que:

- os depoimentos dos demais *corréus* utilizados para a sua condenação, não a apontam como “*praticante de qualquer das condutas descritas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006*” e a “*única evidência*”, é a interceptação telefônica que não a identificou;

- que a conduta atribuída à Embargante é atípica, por isso que inexistente o “*verbo contratar*”, ou similar, dentre os 18 (dezoito) núcleos descritos no artigo 33 da Lei de drogas;

- “*inexiste o menor vestígio de vínculo associativo, o qual, de resto, não pode ser eventual, mas sim permanente*”, devendo ser a Embargante absolvida do crime previsto no artigo 35 da Lei n. 11.343/2006;

- que a Embargante é ré primária, de bons antecedentes, com emprego e residência fixa e não se associou para o tráfico de drogas, portanto, deve prevalecer o voto vencido do Desembargador Federal *Olindo Menezes* e ser-lhe aplicado o benefício do § 4º, do artigo 33, da lei n. 11.343/2006.

Requer, ainda, o prequestionamento explícito do:

i) Art. 5º, LV, CF/88 e art. 366, § 1º, CPB, em relação à apresentação posterior do laudo pericial de balística do projétil que atingiu o carro dos réus;

ii) art. 30, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por ter negado vigência ao direito da embargante em receber o benefício;

iii) art. 5º, LVII, CF/88 c.c art. 1º, § 1º, Lei n. 12.850/2013 e art. 33, Lei n. 11.343/2006, por ter o julgador aplicado o juízo de ‘equivalência’ em prejuízo da ré, ao invés do princípio da presunção de inocência;

iv) art. 5º, LVII, CF/88, em relação à ausência de juízo de certeza acerca da identidade da MNI, imputada à embargante;

v) art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, por ter sido enquadrada a ré em conduta atípica, alheia aos núcleos normativos previstos no referido tipo penal;

vi) art. 35, da Lei n. 11.343/2006, por ter sido a embargante considerada partícipe de associação criminosa, sem qualquer fundamentação de estabilidade e permanência, haja vista ser ré primária e de bons antecedentes. (fls. 906/907).

Contrarrazões aos embargos às fls. 914-921.

Com o relatório, ao revisor (art. 309, § 5º, do RI/TRF 1ª Região).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Trata-se de embargos infringentes opostos pela defesa de Carla Carvalho Rabelo contra acórdão da Quarta Turma desta Corte que, por maioria, *negou provimento* a recurso de apelação, objetivando, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, por ter sido juntado o laudo de balística após o decreto condenatório. No mérito, a sua absolvição e, alternativamente, prevalecer o voto vencido proferido pelo Desembargador Federal Olindo Menezes, no sentido da aplicação do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Vejamos.

1. *Inicialmente*, quanto à preliminar de cerceamento de defesa e do pedido de absolvição da embargante, não conheço dos presentes embargos infringentes, com base no parágrafo único do art. 609 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

Art. 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras

ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária.

Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão *restritos à matéria objeto de divergência*. (grifei).

Assim, de conformidade com esse dispositivo, o julgamento dos embargos infringentes *deve se restringir à matéria objeto da divergência*, que, no caso concreto, resume-se à aplicação do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Isto posto, nos limites da divergência passo à análise da questão pertinente à incidência, na hipótese, do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

2 Do mérito

O voto proferido pelo eminente relator, Desembargador Federal *l'talo Fioravante*, no particular, tem os seguintes termos, que destaco:

[...]

Prosseguindo no exame dos recursos de apelação, tem-se, data venia, que, da análise dos autos, verifica-se que a materialidade e a autoria dos delitos pelos quais os acusados, ora apelantes, foram condenados em primeiro grau de jurisdição restaram comprovadas nos autos, na forma em que vislumbrou a v. sentença apelada (fls. 560/588 e 622/624), particularmente às fls. 565/578, quando asseverou que:

[...]

2.2 ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - art. 35, caput, da Lei n. 11.343/2006

Com a atual Lei n. 11.343/06, a associação passou a figurar como tipo autônomo e não mais mera causa de aumento da pena, conforme dispositivo a seguir:

‘Art. 35 - Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 desta lei. (grifo nosso)

No caso sob exame, restou *evidente* que NAHILTON e CARLA *agiram em comunhão de esforços, mediante ajuste prévio, para atingir o fim específico de traficar droga*.

Com efeito, os argumentos já expostos acerca da caracterização do crime de tráfico de drogas demonstram que o *casal agia em conjunto, combinando acerca de pagamentos, realizando transferências de valores e fazendo contatos com terceiros*.

Dessa forma, o crime de *associação* para o tráfico *restou configurado*, e, havendo o cometimento

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais l'talo Mendes, Mônica Sifuentes e Ney Bello e os Exmos. Srs. Juizes Federais Alexandre Buck Medrado Sampaio e Pablo Zuniga Dourado (convocados).

do crime para o qual houve associação, ocorrerá concurso material de delitos, haja vista nova violação à objetividade jurídica.

[...] (grifei - fls. 842/843 e 847/851).

Acompanhou o relator o MM. Juiz Federal Antonio Oswaldo Scarpa (convocado).

Pois bem, o voto do Desembargador Federal Olindo Menezes (revisor), quanto à divergência, está vazado nesses termos:

[...]

CARLA CARVALHO RABELO sustenta que é uma trabalhadora e não teria sido produzido prova suficiente da sua participação nos crimes de tráfico e associação para o tráfico, pedindo a absolvição (fls. 734 - 742).

[...]

Consta da denúncia que os apelantes teriam praticado os crimes de tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes, tendo NAHILTON COSTA DE SALES cometido, ainda, o crime de resistência (art. 329 - Código Penal).

Nem sempre os mesmos fatos submetem-se às mesmas leituras jurídicas, mas, na realidade, o decreto condenatório, com arrimo no conjunto da prova, produzida sob as luzes do contraditório e da ampla defesa, demonstra com suficiência a autoria e a materialidade das imputações da denúncia, embora o julgado comporte alguns ajustes, em face da Lei 11.343/2006.

[...]

A pena-base foi fixada com modicidade e de modo a atender à prevenção e repressão dos crimes, com observância dos arts. 59 e 68 do Código Penal e, ainda, do art. 42 da Lei 11.343/2006.

[...]

As recorrentes ALINE DA SILVA COSTA e CARLA CARVALHO RABELO, de acordo com a prova produzida nos autos, são primárias, não ficou demonstrado que se dedicam a atividades criminosas - para a finalidade, não pode ser considerado apenas o envolvimento com o crime objeto do presente processo -, nem que integram organização criminosa, pelo que fazem jus à incidência da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

[...]

CARLA CARVALHO RABELO - Quanto ao crime do art. 33 da Lei 11.343/2006, deve ser acolhido o recurso do Ministério Público Federal, para que incida sobre a pena imposta de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, o aumento de 1/5, tendo em vista as causas de aumento previstas no art. 40, III e V, da Lei 11.343/2006, elevando-a para 6 anos de reclusão e 600 dias-multa.

Tendo em vista a ausência de informação quanto à reincidência, maus antecedentes, ou que se dedica a atividades criminosas e nem que integra organização criminosa, diminuo a pena em 1/3, em

face do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, tornando a pena definitiva em 4 anos de reclusão e 400 dias-multa.

No que tange ao crime do art. 35 da Lei 11.343/2006, deve ser acolhido o recurso do Ministério Público Federal, para que incida sobre a pena imposta de 3 anos de reclusão e 700 dias-multa, o aumento de 1/5, tendo em vista as causas de aumento previstas no art. 40, III e V, da Lei 11.343/2006, tornando a pena definitiva em 3 anos e 7 meses de reclusão e 840 dias-multa.

Sua pena definitiva fica estabelecida em 7 anos e sete meses de reclusão e 1.100 dias-multa, na base de 1/30 do salário mínimo do tempo dos fatos, corrigido.

[...] (fls. 868/869).

3 Da divergência

A divergência consiste, pois, em saber se deve prevalecer o entendimento do Desembargador Federal Olindo Menezes (revisor), que concluiu pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 à ré, Carla Carvalho Rabelo, mesmo tendo mantida a condenação pela prática do crime de associação ao tráfico de drogas (art. 35, Lei 11.343/2006).

Assim preceitua o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006:

Art. 33. [...]

§ 4º. Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

[...] (grifei).

Sobre o tema, o colendo Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que

[...] a condenação pelo delito de associação para o tráfico ilícito de drogas evidencia a dedicação do Paciente à atividade criminosa, inviabilizando, portanto, a aplicação da causa de diminuição de pena inserta no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006 [...] (HC n. 273.816/AC, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe 25/11/2013 - grifei).

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DECOTE DO BENEFÍCIO CONTIDO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NECESSIDADE. RÉUS CONDENADOS TAMBÉM POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA E MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.

1. A despeito de ter o Tribunal estadual reconhecido que restou comprovada a associação dos

réus de forma permanente para a prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, manteve a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, ao argumento de que não haveria provas nos autos de que os acusados 'se dediquem a práticas criminosas e nem que integrem organização criminosa' (fl. 520).

2. *Tal posicionamento vai de encontro a entendimento pacificado nesta Corte, segundo o qual é inviável a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n 11.343/06, quando o agente foi condenado pelo crime do art. 35 da Lei n. 11.343/06, o que demonstra a sua dedicação a atividades criminosas e a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes.*

3. *Assim, de rigor seja afastada a minorante mencionada, devendo ser retificadas as reprimendas impostas quanto ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes em relação aos condenados Luiz Antônio, Luciano e Cristiano, bem como a modificação do regime inicial de cumprimento de pena, em atenção ao art. 33, § 2º, "a", do Código Penal.*

[...]

(AgRg no AREsp n. 616.602/MG, rel. Min. JORGE MUSSI, 5ª Turma, DJe 07/04/2015 - grifei)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTO CENTRAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. SÚMULA 283/STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INCOMPATIBILIDADE.

[...]

3. *A ausência de maus antecedentes não é o único requisito para a obtenção da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mas, somado a ele, está a primariedade, a não dedicação a atividades criminosas ou a integração a organização criminosa. No caso, a agravante foi condenada pelo delito de associação para o tráfico, motivo pelo qual não faz jus à minorante, uma vez que tal condenação, por si só, evidencia dedicação a atividades criminosas. (HC n. 210.928/RJ, Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 9/12/2013 e HC n. 273.812/AC, Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 25/11/2013).*

4. *Agravo regimental improvido.*

(AgRg no AREsp n. 469.304/MG, rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 6ª Turma, DJe 20/08/2015 - grifei)

Diante disso, assiste razão ao Desembargador Federal Ítalo Mendes, relator, ao não aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à embargante condenada também pela prática do crime de associação para o tráfico (10 *dez quilos de cocaína*).

Isto posto, por tais razões e fundamentos, nego provimento aos embargos infringentes.

É como voto.

Voto Revisor

O Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello: — Cuida-se de embargos infringentes, opostos por Carla Carvalho Rabelo ao acórdão da Quarta Turma desta Corte Regional, que, por maioria, negou provimento à apelação, nos termos do voto do Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes. O Desembargador Federal Olindo Meneses ficou vencido na parte que deu parcial provimento para diminuir a sanção em 1/3 (um terço) no que se refere ao art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em virtude da "ausência de informação quanto à reincidência, maus antecedentes, ou que se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa" (fls. 867-869).

Início por não conhecer dos embargos infringentes quanto à preliminar de cerceamento de defesa e o pedido de absolvição, tendo em vista que não foram objetos da divergência, uma vez que houve desacordo apenas parcial entre os Desembargadores, restrito ao supramencionado art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Consoante previsão da parte final do parágrafo único do art. 609 do Código de Processo Penal, havendo desacordo parcial, os embargos de divergência se restringem à matéria objeto da divergência.

No mérito, o voto do relator, referendado pelo voto vogal do Juiz Federal Antônio Oswaldo Scarpa (convocado), considerou correta a conclusão da sentença quanto ao crime de associação para o tráfico — art. 35 da Lei 11.343/2006 —, para caracterizar que a acusada integra organização criminosa e sequer aludir à causa de diminuição da pena em exame, na dosimetria.

Eis os termos do voto do relator, no essencial:

No caso em exame, restou evidente que NAHILTON e CARLA agiram em comunhão de esforços, mediante ajuste prévio, para atingir o fim específico de traficar droga.

Com efeito, os argumentos já expostos acerca da caracterização do crime de tráfico de drogas demonstram que o casal agia em conjunto, combinando acerca de pagamentos, realizando transferências de valores e fazendo contatos com terceiros.

Dessa forma, o crime de associação para o tráfico restou configurado, e, havendo o cometimento do crime para o qual houve associação, ocorrerá concurso material de delitos,

haja vista nova violação à objetividade jurídica. (...) (fl. 842)

[...]

2º) para a acusada CARLA CARVALHO RABELO, considero como necessário e suficiente à reprovação e prevenção dos crimes praticados, as seguintes penas-base:

a) em 05 (cinco) anos de reclusão cumulada a uma pena de multa de 500 (quinhentos) dias-multa, valendo cada dia 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, para o crime de tráfico de entorpecentes – art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. Elevo essas penas em 1/6 (um sexto) em razão das causas de aumento da pena determinadas no art. 40, III e V, da aludida Lei, tornando-as definitivas em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, valendo cada dia 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato;

b) em 03 (três) anos de reclusão cumulada a uma pena de multa de 700 (setecentos) dias-multa, valendo cada dia 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, para o crime de associação criminosa para o tráfico de entorpecentes – art. 35, da Lei n. 11.343/2006. Elevo essas penas em 1/6 (um sexto) em razão das causas de aumento da pena determinadas no art. 40, V, da aludida Lei, tornando-as definitivas em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, valendo cada dia 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Não incidindo outras circunstâncias atenuantes ou agravantes, bem como causa de aumento ou diminuição a serem consideradas (...) (fl. 849).

O voto revisor, da lavra do Desembargador Federal Olindo Meneses, por sua vez, consignou:

[...] Carla Carvalho Rabelo sustenta que é uma trabalhadora e não teria sido produzido prova suficiente da sua participação nos crimes de tráfico e associação para o tráfico, pedindo a absolvição (fls. 734 – 742).

[...]

Consta da denúncia que os apelantes teriam praticado os crimes de tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes, tendo Nahilton Costa de Sales cometido, ainda, o crime de resistência (art. 329 – Código Penal).

Nem sempre os mesmos fatos submetem-se às mesmas leituras jurídicas, mas, na realidade, o decreto condenatório, com arrimo no conjunto da prova, produzida sob as luzes do contraditório e da ampla defesa, demonstra com suficiência a autoria e a materialidade das imputações da denúncia, embora o julgado comporte alguns ajustes, em face da Lei 11.343/2006.

[...]

A pena-base foi fixada com modicidade e de modo a atender à prevenção e repressão dos crimes,

com observância dos arts. 59 e 68 do Código Penal e, ainda, do art. 42 da Lei 11.343/2006.

[...]

As recorrentes, Aline da Silva Costa e Carla Carvalho Rabelo, de acordo com a prova produzida nos autos, são primárias, não ficou demonstrado que se dedicam a atividades criminosas – para a finalidade, não pode ser considerado apenas o envolvimento com o crime objeto do presente processo -, nem que integram organização criminosa, pelo que fazem jus à incidência da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

[...]

Carla Carvalho Rabelo – Quanto ao crime do art. 33 da Lei 11.343/2006, deve ser acolhido o recurso do Ministério Público Federal, para que incida sobre a pena imposta de 5 anos de reclusão e 500 quinhentos dias-multa, o aumento de 1/5, tendo em vista as causas de aumento previstas art. 40, III e V, da Lei 11.343/2006, elevando-a para 6 anos de reclusão e 600 dias-multa.

Tendo em vista a ausência de informação quanto à reincidência, maus antecedentes, ou que se dedica a atividades criminosas e nem que integra organização criminosa, diminuo a pena em 1/3, em face do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, tornando a pena definitiva em 4 anos de reclusão e 400 dias-multa.

No que tange ao crime do art. 35 da Lei 11.343/2006, deve ser acolhido o recurso do Ministério Público Federal, para que incida sobre a pena imposta de 3 anos de reclusão e 700 dias-multa, o aumento de 1/5, tendo em vista as causas de aumento previstas no art. 40, III e V, da Lei 11.343/2006, tornando a pena definitiva em 3 anos e 7 meses de reclusão e 840 dias-multa.

Sua pena definitiva fica estabelecida em 7 anos e sete meses de reclusão e 1.100 dias-multa, na base de 1/30 do salário mínimo do tempos dos fatos, corrigido. (fls. 868/869)

Percebe-se sem qualquer esforço que em ambos os votos a condenação pelo crime de associação para o tráfico foi mantida. Apenas o revisor considerou ausentes elementos que indiquem que a acusada se enquadra nos atributos negativos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, razão pela qual concedeu a diminuição da pena em 1/3 (um terço), com fundamento nesse dispositivo.

O objeto destes embargos infringentes é a aplicação ou não da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. A jurisprudência desta Corte, em mais de um julgado, assentou posicionamento segundo o qual:

PENAL E PROCESSO PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ART. 35 C/C O ART. 40, I, DA LEI 11.343/06. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUTORIA. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE.

NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL C/C ART. 42 DA LEI 11.343/06.

[...]

3. *As apelantes não fazem jus à aplicação da causa de diminuição de pena, pois embora sejam tecnicamente primárias, sem registro de antecedentes, integravam organização criminosa voltada ao tráfico internacional de drogas, tanto que foram corretamente condenadas pela prática do delito previsto no art. 35 da Lei 11.343/06.*

[...]

9. Apelo do Ministério Público Federal não provido. Apelação das rés parcialmente provida.

(ACR 0079570-67.2010.4.01.3800/MG; rel.(a) Desembargadora Federal Mônica Sifuentes; Terceira Turma; unânime; e-DJF1 de 30/04/2015, p. 1260)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 12, CAPUT C/C ART. 18, I DA LEI 6.368/1976. LITISPENDÊNCIA QUE NÃO SE VISLUMBRA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. SÚMULA 501 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ART. 18, I, DA LEI Nº 6.368/1976. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

[...]

4. *Não merece ser acolhido o pedido do apelante para que seja reconhecida e aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, tendo em vista o asseverado pelo MM. Juízo Federal sentenciante, no sentido de que, "Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, fará jus à aplicação da causa especial de diminuição prevista no mencionado dispositivo o acusado primário, portador de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Assim sendo, considerando que o acusado também foi condenado por associação ao tráfico de drogas nos autos 1483-78.2012.4.01.3601, não há como aplicar a referida minorante (...)" (fl. 554v).*

[..]

9. Apelação parcialmente provida.

(ACR 2009.36.01.000207-8/MT; rel. Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes; Quarta Turma; unânime; e-DJF1 de 14/09/2015, p. 14)

Este é o mesmo entendimento do STJ. A propósito, os seguintes arestos:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. NECESSIDADE DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DA ASSOCIAÇÃO PARA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME. COMPROVAÇÃO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. EXISTÊNCIA DE

CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

4. *É inviável a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas quando o agente foi condenado também pela prática do crime previsto no art. 35 do mesmo diploma legal, por estar evidenciada a sua dedicação a atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa, especialmente voltada, no caso, para o cometimento do narcotráfico.*

[...]

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1408701/SC; rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz; Sexta Turma; unânime; DJe 19/11/2015)

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO MAJORADO. INCOMPATIBILIDADE. EXCLUSÃO DA BENESSE COMO DECORRÊNCIA DA CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO SEM IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA NO RECURSO MINISTERIAL. IMPOSSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS.

1. *Este Superior Tribunal de Justiça pacificou sua jurisprudência no sentido de que a condenação pelo delito tipificado no artigo 35 da Lei nº 11.343/06 constitui circunstância hábil a denotar dedicação às atividades criminosas e integração à organização criminosa, o que impede a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 à míngua do preenchimento dos requisitos legais.*

2. Ainda que a exclusão da benesse do tráfico privilegiado seja decorrência lógica da condenação por associação para o tráfico majorado dada a incompatibilidade entre os institutos, não pode o Tribunal dispor sobre o tema em prejuízo do réu sem requerimento específico no recurso ministerial, pena de afronta direta ao disposto no artigo 617 do Código de Processo Penal.

3. Recurso provido.

(REsp 1544375/RJ; rel.(a) Ministra Maria Thereza de Assis Moura; Sexta Turma; unânime; DJe 07/10/2015)

Portanto, o voto do Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes explicita o entendimento dominante devendo ser prestigiado.

Pelo exposto, acompanho o relator, Desembargador Federal Mário César Ribeiro, e nego provimento aos embargos infringentes.

É o voto revisor.

Segunda Seção

Mandado de Segurança Criminal 0036527-58.2015.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Ney Bello
Impetrante: Lucimar Cristina Pereira
Advogado: Dr. Estevão Henrique P. dos Santos
Impetrado: Juízo Federal da 5ª Vara – GO
Interessada: Justiça Pública
Procurador: Dr. Marcelo Ribeiro de Oliveira
Publicação: e-DJF1 de 1º/02/2016, p. 405

Ementa

Penal e Processual Penal. Mandado de segurança. Restituição de coisas apreendidas. Veículo. Terceiro interessado. Cabimento do writ. Súmula 202/STJ. Índícios de autorização de uso do bem pela Polícia Federal. Ausência de ilegalidade. Segurança denegada.

I. Não merece ser acolhido o pleito ministerial de não conhecimento do presente writ, pois esta Segunda Seção, em situação análoga à presente, *mutatis mutandis*, consignou que “*é cabível a impetração de mandado de segurança por terceiro prejudicado, visando a liberação de bem de sua propriedade, com perdimento em favor da União decretado por sentença penal condenatória. Súmula nº 202, do eg. Superior Tribunal de Justiça*” (Numeração única: 0032121-04.2009.4.01.0000; MS 2009.01.00.032348-5/GO; rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, e-DJF1 de 19/12/2011, p. 111).

II. A restituição de coisas apreendidas no curso do inquérito ou da persecução penal condiciona-se à demonstração cabal da propriedade dos bens pelo requerente (art. 120, *caput*, do Código de Processo Penal), ao desinteresse inquisitorial ou processual na manutenção da apreensão (art. 118 do Código de Processo Penal) e a não classificação dos bens apreendidos nas hipóteses elencadas no art. 91, inciso II, do Código Penal, requisitos que devem ser analisados cumulativamente.

III. A documentação adunada aos autos *não comprova*: (1) a propriedade do bem constricto (CPP, art. 120, *caput*), (2) a desnecessidade da manutenção da apreensão (CPP, art. 188), e, sobretudo, (3) a presença do direito do terceiro de boa-fé (Código Penal, art. 91).

IV. A autorização de uso do automóvel pelo Departamento de Polícia Federal, além de não implicar na perda da propriedade, garantirá que o bem seja satisfatoriamente conservado e submetido às manutenções necessárias. Tal medida, ademais, não tem o condão de interferir no destino final do indigitado veículo, pois, após as investigações ou o julgamento da ação penal, o julgador poderá dar a ela a destinação que melhor se adequar ao caso.

V. Mandado de segurança denegado.

Acórdão

Decide a Seção, à unanimidade, denegar a segurança.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 27/01/2016.

Desembargador Federal *Ney Bello*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Ney Bello*: — Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Lucimar Cristina Pereira contra ato atribuído ao Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de Goiás que, nos autos da Ação Penal 19641-

91.2014.4.01.3500, indeferiu seu pedido de restituição do automóvel Honda City LX, placa EWS 7149, ano/modelo 2011/2012.

A parte impetrante sustenta que teve o referido veículo apreendido em decorrência do Auto de Busca e Apreensão 16690-27.2014.4.01.3500. Diz, ainda, que é legítima possuidora do veículo em questão, que se

encontra em alienação fiduciária, adquirido com uma entrada obtida em razão da venda de outro veículo.

Afirma que o fato de o investigado — Ronaldo Baptista — residir no mesmo local que ela não autoriza concluir que o veículo seja de propriedade dele, ao tempo em que adita que o veículo não foi encontrado na posse do citado investigado, mas estacionado na garagem da residência dela.

Sustenta não possuir qualquer envolvimento com tráfico, que não responde a processo-crime nem tem conhecimento do fato de que Ronaldo Baptista possua envolvimento nesse tipo de atividade criminosa.

Pugna pela concessão do *writ*, para suspender os efeitos da decisão impugnada, com a consequente restituição do bem.

Informações prestadas pela autoridade coatora às fls. 74-75.

Decisão da lavra da Desembargadora Federal Mônica Sifuentes, às fls. 81-83, indeferiu o pedido liminar.

Parecer da Procuradoria Regional da República da 1ª Região, às fls. 99-106v, requerendo: 1) a redistribuição do feito, por dependência, à minha relatoria, ao argumento de que todas as ações relativas à *Operação Águas Profundas* têm sido por mim relatadas; 2) o não conhecimento do *mandamus*, ao fundamento de ser descabível a impetração; e 3) se acaso conhecido, pela denegação da segurança.

Por despacho, fl. 108, a Desembargadora Federal Mônica Sifuentes me consultou sobre a prevenção aventada pelo *Parquet*, a qual foi por mim acolhida à fl. 110.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello: — Inicialmente, não obstante os argumentos expendidos na manifestação ministerial, entendo que não merece ser acolhido o pleito de não conhecimento do presente writ, pois esta Segunda Seção, em situação análoga à presente, mutatis mutandis, consignou que

[...] é cabível a impetração de mandado segurança por terceiro prejudicado, visando a liberação de bem de sua propriedade, com

perdimento em favor da União decretado por sentença penal condenatória. Súmula nº 202, do eg. Superior Tribunal de Justiça [...] (Numeração única: 0032121-04.2009.4.01.0000; MS 2009.01.00.032348-5/GO; rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, e-DJF1 de 19/12/2011, p. 111).

Adentrando no mérito, constato que a argumentação tecida pela parte impetrante em cotejo com a documentação que instrui o presente *writ* não infirma os fundamentos da decisão impugnada (fls. 76-79), que, por oportuno, reproduzo, *litteris*:

De acordo com os documentos carreados aos autos, o veículo HONDA CITY LX, Flex, placa EWS 7149, cor prata, ano/modelo 2011/2012, foi apreendido no dia 23/05/2014 (fls. 16/17) em poder de RONALDO BAPTISTA, no endereço residencial deste, o qual é investigado nos autos 934-46.2012.4.01.3500, em trâmite neste juízo, por supostamente participar de organização criminosa voltada para o tráfico internacional de cocaína e outros entorpecentes. Atualmente, conforme afirmou o MPF às fls. 57/59, RONALDO BAPTISTA está denunciado por associação e tráfico internacional de drogas nos autos nº 23533-08.2014.4.01.3500, em trâmite neste juízo. Para quem comprovou nos autos a percepção de rendimentos de ordem de R\$ 2.600,00 mensais e precisa manter uma família com 4 pessoas, sendo três filhos menores impúberes, não se vislumbra a possibilidade prática de economizar os R\$40.000,00 da entrada e ainda pagar R\$528,89 mensais, sem prejuízo dos eu próprio sustento e da família [...].

De acordo com entendimento sedimentado desta Segunda Seção, a restituição de bens apreendidos no curso de inquérito policial ou ação penal está condicionada ao preenchimento simultâneo de três requisitos: comprovação cabal da propriedade (art. 120, *caput*, do Código de Processo Penal); desinteresse inquisitorial ou processual na manutenção da apreensão (art. 118 do Código de Processo Penal); e a não classificação dos bens apreendidos nas hipóteses elencadas no art. 91, inciso II, do Código Penal (IRCA 0001812-24.2014.4.01.0000/DF, de minha relatoria).

Segundo se verifica das informações prestadas pelo magistrado de primeiro grau (fls. 74-75), o indeferimento do pedido de revogação da medida de afetação e uso provisório em favor do DPF do indigitado automóvel decorre da ausência de prova da aquisição lícita do bem e, ainda, em razão de não ter esclarecido qual a relação jurídica existente entre ela e o Sr. Ronaldo Baptista — réu em ação que visa apurar o envolvimento dele com associação para o

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Italo Mendes e Mônica Sifuentes e os Exmos. Srs. Juizes Federais Klaus Kuschel, Alexandre Buck Medrado Sampaio e Pablo Zuniga Dourado (convocados).

tráfico internacional de drogas —, apesar de residirem no mesmo endereço.

Sopesando os fatos descritos nos autos e a documentação que instrui a inicial, tenho que a manutenção da medida, sobretudo o indeferimento do pedido de nomeação da impetrante como fiel depositária do bem, mostra-se devidamente fundamentada, pelo que merece ser mantida.

Ademais, a restituição do bem, pura e simplesmente, à ora impetrante constitui medida açodada, sobretudo em razão da complexidade da operação policial conduzida pela Polícia Federal e que redundou na medida de sequestro, daí porque o gravame deve subsistir.

Por fim, anoto que não se afigura ilegal ou teratológica a decisão que determinou o uso provisório do veículo pelo Departamento de Polícia Federal em Goiás, com fulcro nos arts. 798 e 799 do CPC, c/c art. 3º do CPP e arts. 61 e 62 da Lei 11.343/2006, pois, além de preservar o direito de propriedade, a medida visa administrar e conservar o bem.

Corroborando o entendimento supra, colaciono os seguintes precedentes jurisprudenciais desta Corte Regional, *in verbis*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO POR TERCEIRO. ENUNCIADO 202 DA SÚMULA DO STJ. RESTITUIÇÃO DE VEÍCULO APREENDIDO. INDÍCIOS DE AQUISIÇÃO COM O PROVEITO DO CRIME. AUTORIZAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DO BEM PELA POLÍCIA FEDERAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A impetração de segurança por terceiro contra ato judicial não se condiciona à interposição de recurso (Enunciado 202 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça). Preliminar de não conhecimento do writ rejeitada.

2. Diante de indícios de que o veículo apreendido foi adquirido com o proveito do crime, justifica-se a manutenção da sua apreensão.

3. Não é ilegal ou abusivo o ato judicial que autoriza o uso de veículo apreendido pela Polícia Federal. Precedentes.

4. Segurança denegada.

(TRF1. Numeração Única: MS 0044359-50.2012.4.01.0000/BA; Segunda Seção, Rel. Des. Federal Mônica Sifuentes, e-DJF1 de 07/11/2014, p. 100 - destaques nossos).

PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE LEVANTAMENTO DE SEQUESTRO DE BEM DECRETADO NA ESFERA CRIMINAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. ORIGEM LÍCITA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. PEDIDO INDEFERIDO. SOBRESTAMENTO DO FEITO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PENAL QUE PORVENTURA SEJA AJUIZADA OU ATÉ O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL EM CURSO. PERTINÊNCIA. CPP, ART. 130, PARÁGRAFO ÚNICO.

1. A impetrante opôs embargos de terceiro em desfavor da medida cautelar de sequestro de veículo requerida pelo Delegado de Polícia Federal de Vitória da Conquista/BA e deferida pelo Juízo impetrado nos autos n. 2505-78.2014.4.01.3307.

Omissis.

3. Ainda não há prova inequívoca de que o bem tenha origem lícita, a ponto de se afastar as diretrizes dos arts. 125 e 126 do CPP, ou mesmo notícia de que a impetrante tenha atendido o disposto no art. 131, inc. II, do citado diploma, o que, em princípio, assegurar-se-lhe-ia a restituição pretendida.

Omissis.

5. Ordem denegada.

(TRF1. Numeração Única: MS 0040395-44.2015.4.01.0000/BA; Segunda Seção, Rel. Des. Federal Hilton Queiróz, e-DJF1 de 21/10/2015, p. 113 - destaques nossos).

Ante o exposto, *ratificando* os termos da decisão que indeferiu a liminar, *denego* a segurança.

É o voto.

Terceira Seção

Numeração única: 0001984-76.2009.4.01.3803

Embargos Infringentes 2009.38.03.002012-6/MG

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes
 Embargante: União Federal
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
 Embargados: Estado de Minas Gerais e outros
 Procuradora: Dra. Ester Virgínia Santos
 Embargados: Município de Uberlândia – MG e outros
 Procuradores: Dr. Rodrigo Morales de Oliveira e outros
 Embargados: Maria Helena Tavares Ferreira e outros
 Advogados: Dr. Rodrigo Márcio Padilha e outro
 Publicação: e-DJF1 de 27/01/2016, p. 76

Ementa

Embargos infringentes. Administrativo e Processual Civil. Tratamento de saúde. Direito fundamental e difuso constitucionalmente garantido. Descentralização do Sistema Único de Saúde. União, estados, municípios e Distrito Federal. Responsabilidade solidária dos entes federativos. Controvérsia decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

I. Esta Corte e o colendo Superior Tribunal de Justiça possuem entendimento firme no sentido de que, sendo o Sistema Único de Saúde composto pela União, estados-membros, Distrito Federal e municípios, qualquer um deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demandas que objetivem assegurar à população desprovida de recursos financeiros o acesso a medicamentos, a tratamentos médicos e a serviços da área da saúde.

II. A Suprema Corte, ao julgar o AI 808.059/RS, assim expressou: “[o] Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355-AgR/RN, fixou entendimento no sentido de que a obrigação dos entes da federação no que tange ao dever fundamental de prestação de saúde é solidária”.

III. Embargos infringentes a que se nega provimento para prevalecer o voto vencedor e, em consequência, manter o acórdão que condenou as partes-rés, solidariamente, ao ressarcimento das despesas médicas decorrentes da internação do paciente Alvim Luiz Ferreira em UTI da rede privada de saúde, bem como ao pagamento de dano moral.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, negar provimento aos embargos infringentes.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 28/10/2015.

Desembargador Federal Néviton Guedes, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — Trata-se de embargos infringentes opostos pela União Federal em face de acórdão proferido pela Quinta Turma deste Tribunal, da lavra do Desembargador Federal Souza Prudente, que deu provimento à apelação de Maria Helena Tavares Ferreira e outro, condenando

[...] as partes rés, solidariamente, ao ressarcimento das despesas médicas decorrente da

internação do paciente Alvim Luiz Ferreira em UTI da Rede Privada de saúde, corrigida monetariamente pelo IPCA e acrescidas de juros de mora pelo art. 1º-F da Lei 9.494/1994, desde o efetivo pagamento das despesas médicas pela parte autora, bem como ao pagamento de dano moral, fixado o *quantum* indenizatório em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), acrescido de juros de mora desde a data do evento danoso (Súmula n. 54), com base no art. 1º-F da Lei 9.494/1997 e corrigida monetariamente pelo IPCA, a partir do arbitramento [...].

Em suas razões recursais, sustenta a União, em síntese, que deve prevalecer o voto vencido proferido pelo Desembargador Federal João Batista Moreira, que entendeu pela ausência de responsabilidade da União no caso.

Argumenta a embargante, em síntese, que a Quinta Turma deste Tribunal, reconhecendo a legitimidade passiva da União, acabou por negar vigência aos arts. 7º, 16, 18 e incisos da Lei 8.080/1990, que afastam a responsabilidade da União ao prever a descentralização dos serviços de saúde que são pleiteados na presente ação, com ênfase nos estados e municípios.

Afirma que os diplomas legislativos em questão impõem à União somente atribuições gerais, pois a ela apenas compete as tarefas gerais de formulação de políticas, estabelecimento de normas e coordenação de sistemas no âmbito da saúde, sendo-lhe estranha a efetiva execução dos serviços públicos de saúde.

Conclui dizendo que, consoante a repartição de competências entre as três esferas estatais, estabelecida pela Lei 8.080/1990, em atenção às diretrizes constitucionais (princípio da regionalização e da descentralização do SUS), a execução das políticas de saúde está afeta primordialmente à direção municipal do sistema de saúde, e, em caráter suplementar, à sua esfera estadual (arts. 18, I, IV e V, e 17, VIII).

Requer, ao final, o provimento dos embargos infringentes, a fim de que prevaleça o voto vencido, tendo em vista a ausência de responsabilidade da União.

O Estado de Minas Gerais apresentou resposta às fls. 520-525.

Admitidos os embargos infringentes, vieram os autos a mim redistribuídos.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — Consoante se extrai dos autos, o acórdão de fls. 402-403 entendeu que,

[...] sendo o Sistema Único de Saúde (SUS) composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos, de modo que qualquer um deles tem

legitimidade para figurar no polo passivo das demandas que objetivam assegurar o acesso à medicação e/ou tratamento médico para pessoas desprovidas de recursos financeiros [...].

Esta Corte e o colendo Superior Tribunal de Justiça possuem entendimento firme no sentido de que, sendo o Sistema Único de Saúde composto pela União, estados-membros, Distrito Federal e municípios, qualquer um deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demandas que objetivem assegurar, à população desprovida de recursos financeiros, o acesso a medicamentos, a tratamentos médicos e a serviços da área da saúde.

Nesse sentido, citem-se, dentre muitos, os seguintes precedentes:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TRATAMENTO DE SAÚDE. DIREITO FUNDAMENTAL E DIFUSO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. PEDIDO PROCEDENTE. APELAÇÃO. DESCENTRALIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. UNIÃO, ESTADOS, MUNICÍPIOS E DISTRITO FEDERAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRELIMINAR REJEITADA. CONTROVÉRSIA DECIDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. SÚMULA N. 421 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). SENTENÇA MANTIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal, em análise de repercussão geral, reafirmou a sua jurisprudência no sentido de que: “O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos entes federados. O pólo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente” (RE n. 855.178/SE, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 16.03.2015). Preliminar rejeitada.

2. O tratamento médico pleiteado, por força do cumprimento da decisão que deferiu a antecipação da tutela, bem como a superveniente cura da parte autora, não enseja a extinção do processo, sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir.

3. A Constituição Federal de 1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Assim, conclui-se que é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas doenças, em especial as mais graves, não podendo a divisão administrativa de atribuições estabelecida pela legislação decorrente da Lei n. 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

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian, Souza Prudente e Kassio Marques e a Exma. Sra. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada).

seus direitos constitucionalmente garantidos como exigíveis deles de forma solidária.

4. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos Poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais (AgRg no REsp 1.136.549/RS, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08.06.2010, DJe de 21.06.2010).

5. Presentes os pressupostos autorizadores, nada a reparar na sentença, que determinou o tratamento de saúde de que o cidadão necessita.

6. 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 n. 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar n. 132/2009, e na conformidade do que dispõe a Súmula n. 421 do STJ: “Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença”.

7. Apelações e remessa oficial desprovidas.

(AC 0014509-51.2013.4.01.3803 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.4255 de 02/10/2015)

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. VAGA EM HOSPITAL DE NÍVEL TERCIÁRIO. PROVA DOCUMENTAL. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO ART. 267, VI DO CPC. PRELIMINAR: ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. DPU. POSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

1. 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. Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam argüida pelo Município de Uberlândia. O fato de o autor residir em unidade da Federação diversa daquela em que pleiteado o tratamento médico não obsta o acolhimento de sua pretensão, devendo ser privilegiado, sempre que possível, o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, direito de todos e dever do Estado.

2. 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.

3. O Superior Tribunal de Justiça, com fundamento no princípio da causalidade, é firme no entendimento de que, nas hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito, decorrente de perda de objeto superveniente ao ajuizamento da ação, a parte que deu causa à instauração do processo deverá suportar o pagamento dos honorários advocatícios. (STJ, AgRg no Ag 1191616/MG, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 23/03/2010).

4. Na inteligência jurisprudencial 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 n. 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar n. 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). 5. Apelação a que se nega provimento.

(AC 0000861-67.2014.4.01.3803 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.4262 de 02/10/2015)

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. FALECIMENTO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE PELO CUSTEIO DO TRATAMENTO MÉDICO ASSEGURADO: SOLIDARIEDADE ENTRE UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. REMESSA OFICIAL E RECURSOS DE APELAÇÃO: PREJUDICIALIDADE.

I - Sendo o Sistema Único de Saúde composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, qualquer um deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demandas que objetivem assegurar, à população carente, o acesso a medicamento e a tratamentos médicos.

II - O falecimento da parte autora, em demanda em que se objetiva a concessão de medicamento, de tratamento médico ou de serviços ligados à área da saúde, impõe a extinção do processo sem resolução de mérito, com fulcro no art. 267, incisos VI e IX, do Código de Processo Civil. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça em decisões monocráticas.

III - A questão relativa à divisão dos custos decorrentes do cumprimento da medida judicial que assegurou à autora o fornecimento de medicamento deverá ser solucionada na via administrativa ou em ação judicial própria, por ser estranha à lide, estabelecida apenas entre a parte autora, beneficiária do SUS, e a parte ré, Administração Pública.

IV - O custeio do tratamento médico assegurado por meio de decisão judicial deve observar o disposto no art. 195, § 10, da Carta Política, na Lei Complementar nº 141/2012 e nas Leis Ordinárias nºs 8.080/90 e 8.142/90, além de outros instrumentos legais e infralegais pertinentes.

V - A conclusão acerca da extinção do processo sem resolução de mérito, por perda superveniente do interesse processual, prejudica o exame da remessa oficial, e dos recursos de apelação interpostos pela União, pelo Estado de Minas Gerais e pelo Município de Uberlândia.

VI - A revogação de ato judicial que assegurou o fornecimento de medicamento à parte autora, decorrente da extinção do processo sem resolução de mérito, deve operar efeitos “ex nunc”. Precedente do TRF-4ª Região: AC 5005296-87.2011.404.7208, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, D.E. 31/05/2012.

VII - Tendo o Estado, em seu sentido amplo, dado causa ao ajuizamento da ação, já que negado o fornecimento do tratamento médico vindicado pela autora, deve ele arcar com os honorários de sucumbência, em estrita observância ao princípio da causalidade. Manutenção do valor fixado em sentença (R\$ 600,00), para o Estado de Minas Gerais e o Município de Uberlândia, pro rata.

VIII - A teor do disposto na Súmula/STJ nº 421, “os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença”, de modo que dispensada a União de tal condenação, já que representada a autora pela Defensoria Pública da União.

IX - Processo extinto sem resolução de mérito, por perda superveniente do interesse de agir (art. 267, VI e IX, do CPC). Remessa oficial e recursos de apelação interpostos pela União, pelo Estado de Minas Gerais e pelo Município de Uberlândia prejudicados.

(AG 0025158-41.2014.4.01.3803 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.1211 de 06/10/2015)

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. AÇÃO JUDICIAL PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. PRESSUPOSTOS DO ART. 273 DO CPC.

SÚMULA 7/STJ. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS PELO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO.

1. É possível a concessão de antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública para obrigá-la a fornecer medicamento a cidadão que não consegue ter acesso, com dignidade, a tratamento que lhe assegure o direito à vida, podendo, inclusive, ser fixada multa cominatória para tal fim, ou até mesmo proceder-se a bloqueio de verbas públicas. Precedentes.

2. A apreciação dos requisitos de que trata o art. 273 do Código de Processo Civil para a concessão da tutela antecipada enseja o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

3. O funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, de modo que qualquer um desses entes tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamentos para tratamento de problema de saúde. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1291883/PI, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 01/07/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Corte Especial firmou a orientação no sentido de que não é necessário o sobrestamento do recurso especial em razão da existência de repercussão geral sobre o tema perante o Supremo Tribunal Federal (REsp 1.143.677/RS, Min. Luiz Fux, DJe de 4.2.2010).

2. O entendimento majoritário desta Corte Superior é no sentido de que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos às pessoas carentes que necessitam de tratamento médico, o que autoriza o reconhecimento da legitimidade passiva ad causam dos referidos entes para figurar nas demandas sobre o tema.

3. Agravo regimental não provido. Grifos nossos.

(AgRg no REsp 1159382/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 01/09/2010)

A Suprema Corte, ao julgar o AI 808.059/RS, assim se expressou:

[...] O Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355-AgR/RN, fixou entendimento no sentido de que a obrigação dos entes da federação no que tange ao dever fundamental de prestação de saúde é solidária [...].

Segue a ementa do referido julgado:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.

CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE

OS ENTES DA FEDERAÇÃO EM MATÉRIA DE SAÚDE. AGRAVO IMPROVIDO.

I – O Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355-AgR/RN, fixou entendimento no sentido de que a obrigação dos entes da federação no que tange ao dever fundamental de prestação

de saúde é solidária. II – Ao contrário do alegado pelo impugnante, a matéria da solidariedade não será discutida no RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio. III - Agravo regimental improvido (AI 808.059, AgRg, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski,

Primeira Turma, julgado em 2.10.2010, DJe 31.1.2011) - sem grifo no original.

Com efeito, em se tratando de responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos e de tratamento médico a hipossuficientes, como no caso,

[...] 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 [...] (AC 0030601-48.2010.4.01.3500/GO, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 de 10/01/2014, p. 323).

Tudo considerado, *nego provimento* aos embargos infringentes para prevalecer o voto vencedor e, em consequência, manter o acórdão que condenou as partes-rés, solidariamente, ao ressarcimento das despesas médicas decorrentes da internação do paciente Alvim Luiz Ferreira em UTI da rede privada de saúde e ao pagamento de dano moral.

É como voto.

Terceira Seção

Conflito de Competência 0033059-86.2015.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
 Autora: Terezinha Valdeluz Borges
 Advogado: Dr. Pedro Gomes Borges
 Réu: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Suscitante: Juízo Federal da 8ª Vara – GO
 Suscitado: Juizado Especial Federal Cível – GO – 15ª Vara
 Publicação: e-DJF1 de 1º/02/2016, p. 415

Ementa

Processual Civil. Conflito de competência. Animal silvestre. Entrega ao Ibama. Ação de posse e guarda. Ato administrativo. Inexistência.

I. Feito originário no qual não se está buscando a anulação de ato administrativo, pois não se trata de apreensão realizada pelo Ibama ou qualquer outro órgão ambiental, já que o animal teria sido encontrado ainda filhote e criado até a fase adulta pelo autor, e que a sua família, por iniciativa própria, o teria entregado ao Ibama.

II. Ação por intermédio da qual não se pretende anular auto de apreensão, mas, sim, provimento judicial que entregue ao autor a posse e guarda do animal, motivo pelo qual a matéria não se insere entre as exceções do art. 3º, § 1º, da Lei 10.259/2001.

III. Não se trata de ação mandamental, com vistas a suscitar a aplicação da exceção prevista na norma instituidora dos Juizados Especiais Federais Lei 10.259/2001, que estabelece sua incompetência em caráter absoluto, nos termos de seu art. 3º, § 1º, III.

IV. Conflito de competência conhecido, para declarar competente para o processamento e o julgamento do feito originário o MM. Juízo Federal da 15ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás (JEF) – suscitado.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, conhecer do conflito para declarar competente o Juízo Federal da 15ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás (JEF) – suscitado.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 26/01/2016.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:
— Trata-se de conflito negativo de competência instaurado entre o MM. Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás – suscitante e o da 15ª Vara daquela mesma Seção Judiciária (JEF) – suscitado.

2. No feito em que suscitado o conflito de competência, o autor pretende a posse e a guarda de animal silvestre (papagaio).

3. O MM. juízo federal suscitado declinou da competência sob o fundamento de que,

Nos termos do disposto no art. 3º § 1º inciso III da Lei 10.259/2001, não compete ao Juizado Especial Federal Cível o julgamento das causas em que se pede anulação ou o cancelamento de ato administrativo, ressalvando apenas o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal [...] (fls. 09-11).

4. O MM. juízo federal suscitante, por seu turno, entendeu que o feito não se enquadra dentre as exceções previstas no art. 3º, § 1º, incisos I a IV, da Lei 10.259/2001, uma vez que o animal foi entregue por decisão de sua família ao Ibama, não se tratando, portanto, de anulação de ato administrativo, mas, sim, de ação de posse e guarda do animal.

5. O Ministério Público Federal, às fls. 48-51, opina para que seja reconhecida a competência do MM. Juízo Federal da 15ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás (JEF).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:
— Com efeito, no feito originário não está buscando a anulação de ato administrativo, pois não se trata de apreensão realizada pelo Ibama ou qualquer outro órgão ambiental, já que, pelo que consta dos autos, o animal teria sido encontrado ainda filhote e criado até a fase adulta pelo autor, e que a sua família, por iniciativa própria, o teria entregado ao Ibama.

2. Assim, o autor não procura anular auto de apreensão, como entendeu o douto juízo suscitado, mas, sim, provimento judicial que lhe entregue a

posse e guarda do animal, motivo pelo qual a matéria não se insere entre as exceções do art. 3º, § 1º, da Lei 10.259/2001.

3. Adoto, ainda, como razões de decidir, o parecer do Ministério Público Federal, a saber:

[...]

Verifica-se no caso não se tratar de ação mandamental, com vistas a suscitar a aplicação da exceção prevista na norma instituidora dos Juizados Especiais Federais Lei nº 10.259/2001, que estabelece sua incompetência em caráter absoluto, nos termos de seu art. 3º, § 1º, III.

Trata-se, pois, de ação condenatória para determinar a obrigação de fazer do Ibama em restituir o papagaio, além de eventualmente conceder à autora a expedição de documento de liberação, para que possa manter a guarda pleiteada.

E, nesse sentido, decidiu o STJ, em matéria que guarda pertinência temática com a natureza do pedido do presente feito:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - JUÍZO FEDERAL DE JUIZADO ESPECIAL E JUÍZO FEDERAL DE JUIZADO COMUM - AÇÃO QUE VISA AO RECONHECIMENTO DE DIREITO À EXPEDIÇÃO DE DOCUMENTO DE LIBERAÇÃO AMBIENTAL PARA PESCA E SEGURO-DESEMPREGO DE PESCADOR ARTESANAL.

1, A pretensão da Autora não tem natureza mandamental, mas condenatória, porque objetiva que o Ibama e a União Federal sejam condenados em obrigação de fazer, ou seja, dar andamento ao processo administrativo em que a autora pleiteia a concessão de licença ambiental para atividade de pesca artesanal, e o pagamento de seguro-desemprego durante o período de defeso previsto na Lei n. 10.779/03 - instituída para garantir a preservação das espécies aquáticas durante a fase de reprodução.

Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal do Juizado Especial Cível do Rio Grande - SJ/RS, o suscitado.

(CC 105.598/RS, Rei. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 04/09/2009)

[...]

Pelo exposto, conheço do conflito e declaro competente para o processamento e o julgamento do feito originário o MM. Juízo Federal da 15ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás (JEF) – suscitado.

É como voto.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais João Batista Moreira e Néviton Guedes e os Exmos. Srs. Juízes Federais Hind Ghassan Kayath e Carlos Eduardo Castro Martins (convocados).

Quarta Seção

Embargos Infringentes em Apelação Cível 0029449-37.2011.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa
 Embargante: Fazenda Nacional
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
 Embargado: Joel Zapellon Mazo
 Advogados: Dr. Raul Canal e outros
 Publicação: e-DJF1 de 13/01/2016, p. 206

Ementa

Constitucional e Tributário. Juízo de retratação. Imposto de Renda. Abono de permanência. Precedente do STJ em recurso repetitivo. Jurisprudência da Quarta Seção do TRF 1ª Região. Não incidência do tributo. Acórdão mantido.

I. “A expressão ‘equivalente’ empregada no art. 40, § 19, da Constituição Federal de 1988, não pode ter sua exegese apenas na vertente matemática, de igualdade de valor, mas, numa compreensão maior, deve manter sua equivalência jurídica. Se não incide o Imposto de Renda sobre a contribuição previdenciária, tampouco deverá incidir sobre o abono de permanência, estipulado para ser de valor equivalente ao da mencionada contribuição.’ (Precedente: AC 2008.37.00.007785-2/MA, Sétima Turma, na relatoria para o acórdão do Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, *REPDJ* de 22/02/2013, p. 470.)” (EAC 2003.38.00.058585-2/MG, rel. Des. Federal José Amílcar Machado, *DJ* de 21/08/2014).

II. Não há o que retratar na espécie, considerando o que constou expressamente do voto condutor do acórdão acerca do posicionamento desta Quarta Seção — no sentido da não incidência do Imposto de Renda sobre o abono de permanência — frente ao precedente do STJ, no sentido de que “embora haja decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.192.556/PE, Primeira Seção, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques), submetida à sistemática do artigo 543-C do CPC, em sentido contrário, não se pode olvidar da existência de aspecto de natureza constitucional na matéria sob exame [...]. Nessa linha, cito os seguintes precedentes, em sede de juízo de retratação, das Sétima e Oitava Turmas, respectivamente, deste Regional: EDAC 2007.34.00.009688-3/DF, rel. Des. Fed. Reynaldo Fonseca; e AC 2007.34.00.011653-9/DF, rel. Des. Fed. Maria do Carmo Cardoso”.

III. Acórdão mantido.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, em juízo de retratação, manter o acórdão.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 02/12/2015.

Desembargador Federal *Marcos Augusto de Sousa*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa:
 — Trata-se de juízo de adequação, nos termos do inciso II do § 7º do art. 543-C do CPC, do quanto decidido por acórdão prolatado nestes autos em sede de embargos infringentes, no sentido da não incidência do Imposto de Renda sobre o abono de permanência, considerando o precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o regime de recursos repetitivos, no REsp 1192556/PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção,

DJ de 26/09/2010, no sentido da exigibilidade do tributo sobre a mencionada verba remuneratória.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa:
 — A Quarta Seção deste Tribunal Regional Federal da

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Hercules Fajoses, Ângela Catão e Novély Vilanova.

1ª Região já sedimentou o entendimento no sentido da inexistência do Imposto de Renda sobre o abono de permanência, conforme se vê do recente precedente a seguir transcrito:

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO SOB RITO ORDINÁRIO. ABONO DE PERMANÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA. PARCELA INDENIZATÓRIA. DIREITO CONSTITUCIONAL ESTABELECIDO EM EQUIVALÊNCIA AO VALOR DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. IMPOSTO DE RENDA. NÃO-INCIDÊNCIA. EMBARGOS INFRINGENTES NÃO PROVIDOS.

1. O abono de permanência constitui forma de compensação ao servidor ou ao magistrado que, mesmo após o preenchimento dos requisitos para a aposentação voluntária, permanece em atividade, não usufruindo do direito adquirido à percepção da aposentadoria, revelando-se a nítida natureza indenizatória deste benefício, equiparado ao pagamento de férias ou de licença-prêmio não gozadas.

2. No uso do poder constituinte reformador derivado, o legislador teve claro intuito de incentivar a permanência em atividade do servidor o qual, em condições de se aposentar, continua trabalhando, minimizando os custos, cumulativos, da Administração Pública, com o pagamento de proventos de inatividade e remuneração de um novo servidor.

3. 'A expressão 'equivalente' empregada no art. 40, § 19, da Constituição Federal de 1988, não pode ter sua exegese apenas na vertente matemática, de igualdade de valor, mas, numa compreensão maior, deve manter sua equivalência jurídica. Se não incide o Imposto de Renda sobre a contribuição previdenciária, tampouco deverá incidir sobre o abono de permanência, estipulado para ser de valor equivalente ao da mencionada

contribuição." (Precedente: AC 2008.37.00.007785-2/MA, Sétima Turma, na relatoria para o acórdão do Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, REPDJ de 22/02/2013, p. 470.)

4. Embargos infringentes não providos.

(EAC 2003.38.00.058585-2/MG, Rel. Des. Fed. José Amílcar Machado, DJ de 21.08.2014.)

No mesmo sentido: EAC 2009.34.00.027003-6/DF, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, DJ de 05/11/2003; e EAC 2009.34.00.024216-0/DF, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, DJ de 08/02/2012.

Não há o que retratar na espécie, considerando o que constou expressamente do voto condutor do acórdão acerca do posicionamento desta Quarta Seção — no sentido da não incidência do Imposto de Renda sobre o abono de permanência — frente ao precedente do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, foi ali registrado que

[...] embora haja decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.192.556/PE, Primeira Seção, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques), submetida à sistemática do artigo 543-C do CPC, em sentido contrário, não se pode olvidar da existência de aspecto de natureza constitucional na matéria sob exame [...]. Nessa linha, cito os seguintes precedentes, em sede de juízo de retratação, das Sétima e Oitava Turmas, respectivamente, deste Regional: EDAC 2007.34.00.009688-3/DF, rel. Des. Fed. Reynaldo Fonseca; e AC 2007.34.00.011653-9/DF, rel. Des. Fed. Maria do Carmo Cardoso [...].

Ante o exposto, *mantenho* o acórdão recorrido e determino o retorno dos autos à Presidência deste Regional.

É o voto.

Quarta Seção

Embargos Infringentes 0039673-05.2009.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado)
 Embargante: União Federal (Fazenda Nacional)
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
 Embargada: Bárbara Leonora Vilela Silva
 Advogados: Dra. Flávia Pontes Quevedo e outro
 Publicação: e-DJF1 de 1º/02/2016, p. 427

Ementa

Constitucional, Tributário e Processual Civil. Juízo de retratação. Abono de permanência. Imposto de Renda. Não incidência. Precedente do STJ sob a sistemática de recursos repetitivos. Jurisprudência pacífica deste regional no sentido

da inexigibilidade do tributo na espécie. Questão constitucional. Retratação não obrigatória. Acórdão que negou provimento aos embargos infringentes mantido.

I. “A expressão ‘equivalente’ empregada no art. 40, § 19, da Constituição Federal de 1988, não pode ter sua exegese apenas na vertente matemática, de igualdade de valor, mas, numa compreensão maior, deve manter sua equivalência jurídica. Se não incide o Imposto de Renda sobre a contribuição previdenciária, tampouco deverá incidir sobre o abono de permanência, estipulado para ser de valor equivalente ao da mencionada contribuição’ [Precedente: AC 2008.37.00.007785-2/MA, Sétima Turma, na relatoria para o acórdão do Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, REPDJ de 22/02/2013, p. 470]” (EAC 2003.38.00.058585-2/MG, TRF1, rel. Des. Federal José Amílcar Machado, DJ de 21/08/2014).

II. Embora haja decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.192.556/PE, Primeira Seção, rel. Ministro Mauro Campbell Marques), submetida à sistemática do art. 543-C do CPC, em sentido contrário, não se pode olvidar da existência de aspecto de natureza constitucional na matéria sob exame, o que recomenda, por enquanto, a manutenção da diretriz desta Corte, até pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Precedentes.

III. Acórdão que negou provimento aos embargos infringentes mantido.

Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, em juízo de retratação, manter o acórdão que negou provimento aos embargos infringentes.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 20/01/2016.

Juiz Federal *Itelmar Raydan Evangelista*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista:
— Trata-se de juízo de retratação do quanto decidido pelo acórdão prolatado nestes autos que, negando provimento aos embargos infringentes opostos pela União (FN), reconheceu a inexigibilidade do Imposto de Renda sobre o abono de permanência, em razão de sua natureza indenizatória/compensatória.

Os autos foram remetidos ao gabinete do relator, com base no inciso II do art. 2º da Resolução/Presi 600-04 de 26/01/2009 e por imposição do inciso II do § 7º do art. 543-C do Código de Processo Civil, tendo em vista o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do REsp 1.192.556/PE, feito submetido ao regime de recursos repetitivos, no sentido da incidência do Imposto de Renda sobre o benefício em comento, em virtude da ausência de lei instituidora de isenção.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista:
— A Quarta Seção deste Tribunal Regional Federal da 1ª Região já sedimentou o entendimento no sentido

da inexigibilidade do Imposto de Renda sobre o abono de permanência, conforme se vê dos recentes precedentes, a seguir transcritos:

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IMPOSTO DE RENDA. ABONO DE PERMANÊNCIA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. PRECEDENTE DO STJ SOB A SISTEMÁTICA DE RECURSOS REPETITIVOS. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DESTE REGIONAL NO SENTIDO DA INEXIGIBILIDADE DO TRIBUTO NA ESPÉCIE. QUESTÃO CONSTITUCIONAL. RETRATAÇÃO NÃO OBRIGATÓRIA. ACÓRDÃO QUE DEU PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES MANTIDO.

1. “A expressão ‘equivalente’ empregada no art. 40, § 19, da Constituição Federal de 1988, não pode ter sua exegese apenas na vertente matemática, de igualdade de valor, mas, numa compreensão maior, deve manter sua equivalência jurídica. Se não incide o Imposto de Renda sobre a contribuição previdenciária, tampouco deverá incidir sobre o abono de permanência, estipulado para ser de valor equivalente ao da mencionada contribuição’ [Precedente: AC 2008.37.00.007785-2/MA, Sétima Turma, na relatoria para o acórdão do Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, REPDJ de 22/02/2013, p. 470]” (EAC 2003.38.00.058585-2/MG, Rel. Des. Fed. José Amílcar Machado, DJ de 21/08/2014).

2. Embora haja decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.192.556/PE, Primeira Seção, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques), submetida à sistemática do artigo 543-C do CPC, em sentido contrário, não se pode olvidar da existência de aspecto de natureza constitucional

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria do Carmo Cardoso, Ângela Catão e Hercules Fajoses e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes (convocado).

na matéria sob exame, o que recomenda, por enquanto, a manutenção da diretriz desta Corte, até pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Precedentes.

3. Acórdão que deu provimento aos embargos infringentes mantido.

(EIAC 0015184-40.2005.4.01.3400/DF, TRF1, Quarta Seção, Rel. Des. Fed. Marcos Augusto de Sousa, e-DJF1 13/07/2015, p. 254).

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO SOB RITO ORDINÁRIO. ABONO DE PERMANÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA. PARCELA INDENIZATÓRIA. DIREITO CONSTITUCIONAL ESTABELECIDO EM EQUIVALÊNCIA AO VALOR DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. IMPOSTO DE RENDA. NÃO-INCIDÊNCIA. EMBARGOS INFRINGENTES NÃO PROVIDOS.

1. O abono de permanência constitui forma de compensação ao servidor ou ao magistrado que, mesmo após o preenchimento dos requisitos para a aposentação voluntária, permanece em atividade, não usufruindo do direito adquirido à percepção da aposentadoria, revelando-se a nítida natureza indenizatória deste benefício, equiparado ao pagamento de férias ou de licença-prêmio não gozadas.

2. No uso do poder constituinte reformador derivado, o legislador teve claro intuito de incentivar a permanência em atividade do servidor o qual, em condições de se aposentar, continua trabalhando, minimizando os custos, cumulativos, da Administração Pública, com o pagamento de proventos de inatividade e remuneração de um novo servidor.

3. “A expressão ‘equivalente’ empregada no art. 40, § 19, da Constituição Federal de 1988, não pode ter sua exegese apenas na vertente matemática, de igualdade de valor, mas, numa compreensão maior, deve manter sua equivalência jurídica. Se não incide o Imposto de Renda sobre a contribuição previdenciária, tampouco deverá

incidir sobre o abono de permanência, estipulado para ser de valor equivalente ao da mencionada contribuição’ [Precedente: AC 2008.37.00.007785-2/MA, Sétima Turma, na relatoria para o acórdão do Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, REPJ de 22/02/2013, p. 470]”.

4. Embargos infringentes não providos.

(EIAC 2003.38.00.058585-2/MG, TRF1, Quarta Seção, Rel. Des. Fed. José Amílcar Machado, DJ 21/08/2014).

No mesmo sentido: EIAC 2009.34.00.027003-6/DF, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, DJ de 05/11/2003; e EIAC 2009.34.00.024216-0/DF, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, DJ de 08/02/2012.

Diante disso, embora haja decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.192.556/PE, Primeira Seção, rel. Ministro Mauro Campbell Marques), submetida à sistemática do art. 543-C do CPC, em sentido contrário, não se pode olvidar da existência de aspecto de natureza constitucional na matéria sob exame, o que recomenda, por enquanto, a manutenção da diretriz desta Corte, até pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Nessa linha, cito os seguintes precedentes, em sede de juízo de retratação, das Sétima e Oitava Turmas, respectivamente, deste Regional: EDAC 2007.34.00.009688-3/DF, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca; e AC 2007.34.00.011653-9/DF, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso.

Assim sendo, não há o que retratar no julgado em tela.

Ante o exposto, em juízo de retratação, mantenho o acórdão que negou provimento aos embargos infringentes opostos pela União (FN).

É o voto.

Primeira Turma

Numeração única: 0013596-64.2002.4.01.3800

Apelação Cível 2002.38.00.013559-4/MG

Relator: Juiz Federal Mark Yshida Brandão (convocado)
 Apelante: Luciana Maria Pereira
 Advogados: Dr. Jair Roberto Macario Pereira Carneiro e outro
 Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Publicação: e-DJF1 de 14/01/2016, p. 702

Ementa

Processual Civil e Previdenciário. Expedição de precatório complementar. Juros de mora e correção monetária. Período compreendido entre a elaboração de cálculos e a expedição da respectiva ordem de pagamento. Preclusão.

I. Consolidou-se nesta Corte o entendimento de que valores devidos anteriormente à expedição do precatório e que não foram nele incluídos, como a defasagem de correção e juros entre a data em que foi feito cálculo e o momento da emissão do precatório, não podem ser objeto de questionamento em precatório complementar, tendo em vista a ocorrência de preclusão, em virtude de não ter a parte apresentado impugnação no momento processual próprio fixado pelo juiz da causa. (AC 2004.38.00.012372-7/MG, rel. Desembargador Federal José Amílcar Machado, Juiz Federal Miguel Angelo de Alvarenga Lopes (conv.), Primeira Turma, *e-DJF1*, p.159, de 14/07/2009; AC 1998.34.00.022751-3/DF, rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, Juiz Federal César Augusto Bearsi, Quinta Turma, *e-DJF1*, p.115, de 31/07/2008; AC 2000.01.99.138702-3/MG, rel. Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes (conv.), Primeira Turma, *DJ*, p.24, de 23/07/2007).

II. O Superior Tribunal de Justiça – STJ, quando do julgamento do REsp 1.143.677/RS, submetido ao regime dos recursos repetitivos, consagrou o entendimento de que não incidem juros de mora no período compreendido entre a data da homologação da conta de liquidação e a data de expedição ou, ainda, do efetivo pagamento do precatório/RPV, dado que não há falar em mora da Fazenda Pública, desde que respeitado, em qualquer caso, o prazo constitucional para o cumprimento da obrigação. (AgRg no AgRg no REsp 1095721/RS, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 12/03/2013, *DJe* 18/03/2013).

III. Apelação desprovida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 09/12/2015.

Juiz Federal *Mark Yshida Brandão*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Mark Yshida Brandão: — Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fl. 275, a qual julgou extinta a execução, com fulcro no art. 794, I, do CPC.

Em suas razões recursais (fls. 304-306), a parte exequente requereu a reforma da sentença, argumentando que o juiz não apreciou corretamente as assertivas e despachos constantes dos autos. Expôs que: 1) requereu a expedição de precatório complementar para recebimento das atualizações devidas, o que foi indeferido; 2) interpôs agravo de instrumento, o qual se encontra pendente de julgamento e, por isso, não se pode falar em extinção da execução; 3) o INSS reconhece diferenças devidas.

Contrarrazões a fl. 308-v.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Mark Yshida Brandão: — O apelante promoveu a execução do julgado em agosto/2001 (fls. 196-201) e, não havendo oposição do INSS, o valor por ele apresentado foi requisitado por

meio de precatório expedido em novembro/2002 (fls. 211-214).

Da decisão que determinou a expedição das requisições de pagamento (fl. 209), a parte exequente foi dela intimada em 17/10/2002 (fl. 209-v).

Em 02/03/2004, a parte exequente requereu a expedição de alvará judicial para levantamento da quantia depositada (fl. 235).

Passado mais de um ano, em petição protocolizada em 16/08/2005, a parte apelante apresentou novos cálculos, sustentando a existência de resíduo de juros de mora e correção monetária, acumulado entre a data-base da execução (maio/2001) e a formalização do precatório (julho/2003).

Vê-se que a parte exequente deixou de apresentar impugnação no momento processual adequado, ocorrendo, assim, o fenômeno da preclusão.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. QUESTÃO DE ORDEM SUSCITADA PELO STF. REPERCUSSÃO GERAL. MATÉRIA AINDA NÃO SUBMETIDA AO PLENÁRIO DA CORTE CONSTITUCIONAL. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA ENTRE A DATA DA CONTA EXEQUENDA E A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO/RPV. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE 17 E SÚMULA 45 DO TRF/1. AGRAVO PROVIDO. 1. A decisão proferida no RE nº 579.431-RS, em que suscitada Questão de Ordem pelo Ministro MARCO AURÉLIO (DJ de 24/10/2008), pelo

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Augusto Pires Brandão e o Exmo. Sr. Juiz Federal, Rafael Paulo Soares Pinto (convocado).

reconhecimento de Repercussão Geral quanto às questões que envolvem os juros de mora no período compreendido entre a data do cálculo de liquidação do julgado e a data da expedição da requisição de pequeno valor ou do precatório, matéria ainda não enfrentada pelo Plenário da Corte Constitucional, não tem o condão de afastar a jurisprudência dominante sobre o tema. 2. A jurisprudência desta Segunda Turma já se consolidou no sentido do não-cabimento de juros de mora em precatório complementar, no período compreendido entre a elaboração dos cálculos de liquidação e a expedição do ofício requisitório, por não responder a parte pelo atraso decorrente do trâmite judicial. 3. Além do mais, havendo concordância expressa do exequente com a conta que foi apresentada pelo devedor na origem, não há falar em atualização do crédito exequendo, com inclusão de juros de mora, para fazer prevalecer outra conta que foi realizada após o acordo, tendo em vista a preclusão da oportunidade de insurgência quanto à incidência de tais juros. 4. Por fim, a decisão agravada está em descompasso com o entendimento pacificado pela Súmula Vinculante 17 do STF e Súmula 45 deste TRF/1. 5. Agravo de instrumento provido.

(AG 0030118-76.2009.4.01.0000 / MG, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL NEUZA MARIA ALVES DA SILVA, SEGUNDA TURMA, e-DJF1 p.81 de 19/07/2012)

Ainda que a situação fosse diversa, os índices de juros fixados em sentença são aplicados até a homologação dos cálculos para expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor – RPV.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, quando do julgamento do REsp 1.143.677/RS, submetido ao regime dos recursos repetitivos, consagrou o entendimento de que *não incidem juros de mora no período compreendido entre a data da homologação da conta de liquidação e a data de expedição ou, ainda, do efetivo pagamento do precatório/RPV, dado que não há falar em mora da Fazenda Pública*, desde que respeitado, em qualquer caso, o prazo constitucional para o cumprimento da obrigação. (AgRg no AgRg no REsp 1095721/RS, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 12/03/2013, DJe 18/03/2013).

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

Primeira Turma

Apelação Cível 0005354-13.2011.4.01.3506/GO

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira
 Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Apelados: Pastora Ricardo da Silva e outros
 Advogados: Dr. Marco Aurélio Basso de Matos Azevedo e outros
 Recurso adesivo: Pastora Ricardo da Silva e outros
 Publicação: e-DJF1 de 05/02/2016, p. 1.044

Ementa

Previdenciário e Constitucional. Suspensão de benefício previdenciário. Regular procedimento administrativo não observado. Anulação do ato de suspensão ou cancelamento dos benefícios. Restabelecimento do benefício desde a suspensão até a efetiva replantação judicial.

I. Sentença sujeita à revisão de ofício, eis que proferida contra o INSS (art. 475, I, do CPC) e de valor incerto a condenação (a *contrario sensu* do § 2º do mesmo artigo).

II. O Superior Tribunal de Justiça, em julgado submetido à sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), consolidou o entendimento no sentido de que, em se tratando de benefícios previdenciários concedidos antes da vigência da Lei 9.784/1999, o prazo decadencial de 10 anos de que dispõe a Previdência Social para revisão dos atos de concessão, previsto no art. 103-A da Lei 8.213/1991, se inicia em 1º/02/1999. A ocorrência de má-fé na prática do ato administrativo não submete a iniciativa administrativa ao prazo decadencial. Afasta-se também a decadência nos casos de violação direta da Constituição.

III. Em tema de anulação de ato concessivo de benefício previdenciário, colhe-se da jurisprudência a necessidade, a par da exigência constitucional, de observância do devido processo legal substantivo, antes mesmo da suspensão do benefício, em ordem a assegurar a subsistência digna do beneficiário.

IV. A conduta unilateral da Administração de suspender o pagamento de benefícios previdenciários — revestidos de nítido caráter alimentar —, sem atenção aos postulados do devido processo legal administrativo, ofende as garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório, e da oportunidade do respectivo recurso, que integram o núcleo do postulado do devido processo legal substantivo.

V. O conjunto probatório colacionado aos autos demonstra que de fato o INSS não observou o regular procedimento administrativo, porque mesmo antes de se conceder oportunidade de recurso ao segurado o benefício foi suspenso, circunstância que evidencia a ilegalidade do cancelamento.

VI. Declarados nulos os procedimentos administrativos que culminaram na suspensão dos benefícios dos autores, deve o INSS restabelecer os respectivos benefícios desde a sua suspensão até a efetiva reimplantação judicial das vantagens, até que haja decisão administrativa definitiva pela manutenção, cancelamento ou suspensão do benefício.

VII. Apelação do INSS e remessa oficial, tida por interposta, desprovidas; apelação adesiva dos autores provida para determinar que os benefícios sejam restabelecidos desde a suspensão até a reimplantação judicial.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, tida por interposta, e dar provimento à apelação adesiva dos autores.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 16/12/2015.

Desembargador Federal *Jamil de Jesus Oliveira*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira: — O INSS apela de sentença pela qual o juízo *a quo* julgou procedente o pedido formulado na inicial e, considerando que o procedimento administrativo não observou os princípios básicos do contraditório e da ampla defesa, decretou a nulidade de todos os atos praticados pelo INSS para o fim de suspender ou cancelar o benefício previdenciário concedido anteriormente, ficando, por conseguinte, o INSS obrigado a manter ativo o benefício e pagar a diferença relativa ao período em que ficou suspenso indevidamente, desde a citação até a efetiva reimplantação judicial das vantagens.

Sustenta a autarquia, em síntese, que o INSS atuou dentro dos limites da legalidade, devendo prevalecer a verdade de tudo quanto apurado pelo INSS, com o não prevalecimento exacerbado do princípio da instrumentalidade das formas em sentido absoluto em desprestígio da boa-fé, da lealdade e da verdade.

Por sua vez, apela adesivamente a parte-autora, requerendo a reforma parcial da sentença na parte em que determinou o pagamento dos valores desde a citação até a efetiva reimplantação judicial das vantagens. Alega a recorrente que tendo sido

declarados nulos os atos administrativos, a condenação do INSS deve ser desde a suspensão indevida do benefício até a efetiva reimplantação.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira: — A sentença recorrida está sujeita à revisão de ofício, eis que proferida contra o INSS (art. 475, I, do CPC) e de valor incerto a condenação (*a contrario sensu* do § 2º do mesmo artigo).

Dos fatos

Alegam os autores que no período entre 1991 a 1994 lhes foi concedido benefício previdenciário na qualidade de trabalhadores rurais, nos termos determinados no art. 11 da Lei 8.213/1991.

Posteriormente, porém, afirmam que o INSS promoveu revisão na concessão dos benefícios e constatou que os autores não preenchiam os requisitos necessários para recebê-lo, dando o prazo para que fosse apresentada defesa escrita, provas ou

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Augusto Pires Brandão e Gilda Sigmaringa Seixas.

documentos para regularizar o benefício, informando que o não cumprimento implicaria na suspensão do benefício.

Após a apresentação da defesa, o INSS entendeu não ter sido provado o direito ao recebimento do benefício e comunicou a suspensão do mesmo, facultando aos requerentes o prazo de 30 dias para recorrer da decisão que suspendeu o pagamento.

A decadência do direito de anulação do ato administrativo

Nos termos do art. 54, *caput*, da Lei 9.784, de 1999, o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Anteriormente à vigência dessa lei, aplicava-se integralmente o verbete da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal (A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial), para o qual não havia, porque adotada anteriormente à referida lei, prazo para a anulação dos atos eivados de nulidade.

No âmbito da legislação previdenciária, foi a Medida Provisória 138, publicada em 20/11/2003, posteriormente convertida na Lei 10.839/2004, que estipulou o prazo decadencial de 10 anos para a revisão administrativa, ao acrescentar o art. 103-A à Lei 8.213/1991, que dispõe que o direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em julgado submetido à sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), já consolidou o entendimento de que, para os benefícios previdenciários concedidos antes da vigência da Lei 9.784/1999, o prazo decadencial decenal de que dispõe a Previdência Social para revisão dos atos de concessão, previsto no art. 103-A da Lei 8.213/1991, se inicia em 1º/02/1999, confira-se a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA A DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CONCEDIDOS EM DATA ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 9.787/99. PRAZO DECADENCIAL DE 5 ANOS, A CONTAR DA DATA DA VIGÊNCIA DA LEI 9.784/99. RESSALVA

DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. ART. 103-A DA LEI 8.213/91, ACRESCENTADO PELA MP 19.11.2003, CONVERTIDA NA LEI 10.839/2004. AUMENTO DO PRAZO DECADENCIAL PARA 10 ANOS. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, NO ENTANTO.

1. A colenda Corte Especial do STJ firmou o entendimento de que os atos administrativos praticados antes da Lei 9.784/99 podem ser revistos pela Administração a qualquer tempo, por inexistir norma legal expressa prevendo prazo para tal iniciativa. Somente após a Lei 9.784/99 incide o prazo decadencial de 5 anos nela previsto, tendo como termo inicial a data de sua vigência (01.02.99). Ressalva do ponto de vista do Relator.

2. Antes de decorridos 5 anos da Lei 9.784/99, a matéria passou a ser tratada no âmbito previdenciário pela MP 138, de 19.11.2003, convertida na Lei 10.839/2004, que acrescentou o art. 103-A à Lei 8.213/91 (LBPS) e fixou em 10 anos o prazo decadencial para o INSS rever os seus atos de que decorram efeitos favoráveis a seus beneficiários.

3. Tendo o benefício do autor sido concedido em 30.7.1997 e o procedimento de revisão administrativa sido iniciado em janeiro de 2006, não se consumou o prazo decadencial de 10 anos para a Autarquia Previdenciária rever o seu ato.

4. Recurso Especial do INSS provido para afastar a incidência da decadência declarada e determinar o retorno dos autos ao TRF da 5a. Região, para análise da alegada inobservância do contraditório e da ampla defesa do procedimento que culminou com a suspensão do benefício previdenciário do autor.

(REsp 200900002405, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, STJ - Terceira Seção, DJE DATA: 02/08/2010)

Dessa forma, todo e qualquer benefício previdenciário concedido até 1º/02/1999 (data da edição da Lei 9.784/1999) pode ser revisto até 1º/02/2009; já os concedidos após 1º/02/1999, submetem-se ao prazo decenal, previsto no art. 103-A da Lei 8.213/1991.

Hodiernamente, em face do referido dispositivo legal, tem-se que a Administração deve observar esse prazo no qual poderá anular o ato por ela praticado, especialmente se repercutiu favoravelmente ao administrado, findo o qual o ato não mais poderá ser anulado, operando-se a preclusão máxima para esse fim, independentemente de cuidar-se de ato anulável ou nulo.

As exceções que se admitem são a) a violação direta da Constituição e b) a ocorrência de má-fé na prática do ato administrativo.

Nessas hipóteses, não fica a iniciativa administrativa submetida ao prazo quinquenal, daí que, seja por violação direta à Constituição, seja por fundamento exclusivo em má-fé, não está a Administração interditada, no exercício do poder-dever de autotutela, de proceder à anulação do ato praticado com defeitos dessa natureza.

O benefício previdenciário e o devido processo legal

Porém, ainda que nessas hipóteses (inconstitucionalidade do ato ou má-fé na sua formação, sendo a fraude uma de suas manifestações), a Administração não se exime de assegurar ao interessado o devido processo legal, pois constituem garantias constitucionais, cf. art. 5º, incisos LIV e LV, respectivamente, da Carta da República, que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

Em tema de anulação de ato concessivo de benefício previdenciário, colhe-se da jurisprudência a necessidade, a par da exigência constitucional, de observância do devido processo legal substantivo, antes mesmo da suspensão do benefício, em ordem a assegurar a subsistência digna do beneficiário.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

[...]

1. Ainda que exista previsão legal para a suspensão e/ou cancelamento do benefício antes mesmo do esgotamento da via administrativa (art. 11 da Lei n. 10.666/03), a diretriz para a aplicação de qualquer medida que repercuta desfavoravelmente na esfera jurídica do segurado litigante é a observância do devido processo legal, assegurando-se o exaurimento do contraditório e da ampla defesa, cujos princípios, nos termos do art. 5º, LV da Constituição, são também aplicáveis na esfera administrativa. Precedentes: ED no RE 469.247/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 16/3/2012, e AREsp 317.151/PI, Rel. Min. Castro Meira, DJe 21/5/2013.

2. Não se descortina, na espécie, a legitimidade da medida de suspensão de benefício antes da apreciação do recurso administrativo manejado pelo interessado, uma vez que a privação dos proventos de aposentadoria apenas se revela possível após a apuração inequívoca da irregularidade ou falha na concessão do respectivo benefício, circunstância ainda inócua no caso sub judice.

3. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1323209/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 15/04/2014)

[...]

1. Agravo retido não conhecido porque não requerido seu exame pelo Tribunal, nas razões de apelação (§ 1º do art. 523 do CPC).

2. Para que um benefício previdenciário seja cancelado ou suspenso, há de ser respeitado o devido processo legal, observados o princípio do contraditório e da ampla defesa do beneficiário, o que, in casu, não ocorreu.

3. Não se pode suspender ou cancelar o pagamento de benefício sem antes estar concluída a via administrativa, o que abrange, inclusive, a via recursal.

[...]

(AC 1998.40.00.002129-9/PI, Rel. Des. Fed. Neuza Alves, T2/TRF1, DJ de 02/07/2007)

A conduta unilateral da Administração de suspender o pagamento de benefícios previdenciários — revestidos de nítido caráter alimentar —, sem atenção aos postulados do devido processo legal administrativo, ofende as garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório, e da oportunidade do respectivo recurso, que integram o núcleo do postulado do devido processo legal.

A aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa — corolários do devido processo legal —, na esfera administrativa, impõe também que se oportunize aos administrados, no caso beneficiários da Previdência Social, também o acesso às instâncias recursais, de modo que somente após a decisão administrativa definitiva é que se pode desconstituir o ato jurídico, perfeito e acabado (ainda que suscetível de anulação) no âmbito da autarquia previdenciária e do qual decorriam efeitos benéficos para os segurados.

Caso dos autos

No caso dos autos, não há dúvidas de que não foi respeitado o direito à instrução contraditória e à ampla defesa, mais notadamente porque os documentos pessoais juntados aos autos demonstram que os autores, na data de início da “revisão administrativa”, já contavam mais de 65 anos de idade, fato suficiente para justificar um procedimento em que fosse assegurada a mais ampla transparência e, no caso concreto, a mais ampla oportunidade de contrapor-se à alegação de ocorrência de fraude, em eventual processo de revisão administrativa.

Pior que isso. Verifica-se que o INSS promoveu a suspensão do benefício antes que fosse concedida ao beneficiário a oportunidade de apresentação de recurso, circunstância que evidencia a violação ao devido processo legal administrativo e a consequente ilegalidade no cancelamento dos benefícios.

Em conclusão, correta a sentença que anulou o procedimento administrativo, com o restabelecimento imediato do pagamento do benefício previdenciário em questão.

Evidentemente que, com base no art. 54, *caput*, da Lei 9.784, de 1999, com fundamento em fraude, que é uma das facetas da má-fé, poderá a Administração instaurar, a qualquer tempo, processo de revisão, assegurando-se, porém, de modo efetivo, o devido processo legal, atentando-se, ademais, para o fato de que se cuidam de pessoas que se encontram em situação de fragilidade social, especialmente em razão da idade avançada.

Da apelação adesiva

De fato, com razão os autores/apelantes.

Declarados nulos os procedimentos administrativos que culminaram na suspensão dos benefícios dos autores, deve o INSS restabelecer os respectivos benefícios desde a sua suspensão até a efetiva reimplantação judicial das vantagens, até que haja decisão administrativa definitiva pela manutenção, cancelamento ou suspensão do benefício.

Conclusão

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação do INSS e à remessa oficial, tida por interposta, e *dou provimento* à apelação adesiva dos autores, para determinar que os benefícios sejam restabelecidos desde a suspensão até a reimplantação judicial.

É como voto.

Segunda Turma

Numeração única: 0038981-79.2004.4.01.3400

Apelação Cível 2004.34.00.048079-8/DF

Relator: Desembargadora Federal Neuza Alves
Apelante: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Apelados: Ivaldir Antonio Paulus e outros
Advogado: Dr. Fernando Freire Dias
Publicação: e-DJF1 de 21/01/2016, p. 911

Ementa

Administrativo e Processual Civil. Servidor. Embargos à execução. Resíduo de 3,17%. Policiais federais. Lei 9.266/1996. Ausência de revisão nos valores dos cargos. Criação de gratificações atreladas ao valor do vencimento básico. Possibilidade de limitação do reajuste. Aderência à posição do STJ. Ausência de limitação temporal no título executivo. Utilização de norma a ele anterior para esse fim. Ofensa à coisa julgada.

I. O vencimento básico dos policiais federais foi reajustado a menor em janeiro/1995, tendo a decisão judicial determinado a correção desse equívoco, com efeitos retroativos a essa mesma data.

II. Por outro lado, a Lei 9.266/1996 apenas criou gratificações com valores atrelados ao do vencimento básico do servidor, razão pela qual sendo este aumentado em 3,17% com efeitos retroativos a janeiro de 1995, as sobreditas gratificações, posteriores a essa data, é que devem experimentar igual majoração, em vez de servir como mecanismo de limitação do reajuste em testilha.

III. Em suma, a adoção da linha recursal da União ensejaria uma curiosa situação em que os vencimentos básicos dos exequentes (e demais parcelas pertinentes) seriam aumentados em 3,17% a partir de janeiro de 1995, porque era essa, em última análise, a postura administrativa que desde o início deveria ter sido adotada, para depois da Lei 9.266/1996 voltarem a possuir o mesmo valor que havia sido considerado como indevido pelo próprio Poder Judiciário.

IV. Todavia, em obséquio à posição firmada no STJ, esta Turma entende que, em tese, a Lei 9.622/1996 serve como marco temporal do reajuste.

V. Tal compreensão, contudo, não repercute no caso concreto, porque o título judicial, posterior à Lei 9.266/1996, não a elegeu como marco final das diferenças, eis porque a imposição desse limite na fase de apuração dos valores devidos importa em violação à coisa julgada. Precedentes do STJ.

VI. A *latere*, é equivocada a compreensão de que a Medida Provisória 2.225-45/2001 se traduz em ditame normativo que “possibilitou” a alegação da limitação temporal do reajuste em debate, às reestruturações das carreiras dos servidores.

VII. Na verdade, essa possibilidade sempre existiu independentemente da norma em comento, tanto assim, que essa linha decisória já foi e é adotada em relação ao similar reajuste de 28,86%, apesar de nenhum ditame normativo a ele específico estabelecer tal obrigatoriedade.

VIII. É saber, a simples edição da sobredita MP 2.225-45/2001 não pode ser invocada para permitir a superação da coisa julgada, porque, em relação ao que aqui se analisa, ela não configurou fato modificativo posterior.

IX. Apelação da União desprovida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação da União.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 07/10/2015.

Desembargadora Federal *Neuza Alves*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Recorre a União Federal contra a sentença pela qual o MM. juízo federal da origem julgou procedentes em parte os embargos à execução por ela propostos, vinculados à ação executiva voltada ao pagamento de diferenças do reajuste de 3,17% decorrente da aplicação da Lei 8.880/1994.

Sustenta a União, em síntese, que a incorporação do percentual de 3,17% ocorreu na data da concessão das gratificações aos exequentes, com a reestruturação de suas carreiras, levada a efeito pela Lei 9.266/1996, razão pela qual os cálculos exequendos deveriam observar a entrada em vigor da norma em comento para fins de fixação temporal do reajuste assegurado pelo título exequendo.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Neuza Alves: — Como é sabido, o resíduo de 3,17% refere-se ao aumento a menor concedido aos servidores do Poder Executivo em janeiro de 1995, em razão da aplicação do art. 28 da Lei 8.880/1994 (25,94% - 22,07%).

Vê-se, assim, que o *vencimento básico* dos policiais federais foi reajustado a menor *desde* janeiro/1995, tendo a decisão judicial determinado a correção desse equívoco, com efeitos retroativos a essa mesma data.

Observe-se, nessa quadra, que a adoção da linha recursal da União ensejaria uma curiosa situação em que os vencimentos básicos (e demais parcelas pertinentes) seriam aumentados em 3,17% a partir de janeiro de 1995, porque era isso, em última análise, que a Administração deveria ter levado a efeito, para depois da Lei 9.266/1996 voltarem a possuir o mesmo valor que havia sido considerado como indevido pelo próprio Poder Judiciário.

Em suma, não obstante a Lei 9.266/1996 ter reestruturado a carreira dos exequentes, *ela não rompeu com estrutura remuneratória anterior, restringindo-se, apenas, a criar três gratificações atreladas ao valor do vencimento básico.*

Logo, se o vencimento básico deve ser majorado pelos 3,17%, *desde* janeiro de 1995, as gratificações remuneradas com base nele é que devem ser aumentadas, e não o contrário.

Registro, todavia, que o eg. Superior Tribunal de Justiça sedimentou linha decisória concorde com a tese do ente público, eis porque, ressaltando minha posição quanto ao tema, delibero no sentido de que, *em tese*, as gratificações instituídas em 1996 servem como marco temporal para o reajuste ora discutido, em relação à carreira de policial federal.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Candido Moraes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado).

Todavia, a aplicação dessa posição perfilhada pelo STJ não tem cabimento no caso concreto, porquanto ofensiva à coisa julgada nele operada.

Veja-se, a propósito, que pela edição da Medida Provisória 2.225-45/2001 a Administração reconheceu a existência do direito ao reajuste e estabeleceu as condições e limites para o seu pagamento. Assim, não obstante esse ditame seja superveniente ao processo, somente pode ser apreciado sob esse prisma naquilo em que venha a corresponder a uma inovação na situação fático-jurídica da lide, *mas não em relação aos pontos que nela já tiverem sido decididos, inclusive para fins de imposição de limites que, mesmo podendo ter sido estabelecidos, não o foram.*

Na espécie, ressalte-se, o direito ao reajuste já havia sido reconhecido, inexistindo a limitação no comando transitado em julgado que, repise-se, *foi proferido em momento muito posterior ao da edição da norma que se visa estabelecer como marco temporal final.*

Como a MP 2.225-45/2001 não pode ter eficácia retro-operante, tem-se que a limitação temporal do reajuste, na espécie, deve ser a data da entrada em vigor da norma reestruturante da carreira dos exequentes *posterior ao título executivo*, e não aquela anterior a ele que, *mesmo já podendo ter sido*, não foi eleita para esse fim.

Desta forma, não tendo o título limitado o resíduo de 3,17% à eficácia da Lei 9.266/1996, é descabida a limitação desse reajuste *até a entrada em vigor da referida norma*, em sede de liquidação do julgado.

De fato, levando-se em conta que o referido comando foi exarado após a edição da Lei 9.266/1996, *já poderia ele, desde a época de sua prolação, ter determinado a limitação temporal do resíduo de 3,17% à data em comento.*

Em outras palavras, inexistindo determinação do título judicial posterior à Lei 9.266/1996 de que ela seria o termo final para o reajuste, sendo que a União se submeteu ao resultado final nesse sentido exarado, não se mostra lícito que, apenas em sede de execução do julgado, venha a se tentar restringir os efeitos do título executivo.

O próprio STJ, aliás, conformou sua posição com essa exata compreensão, aplicando-a, aliás, tanto aos processos relativos ao reajuste aqui em debate, quanto em relação ao de 28,86% (Leis 8.622 e 8.627/1993).

Nesse sentido (destaquei):

PROCESSUAL CIVIL. REAJUSTE DE 3,17%. LIMITAÇÃO TEMPORAL EM RAZÃO DE

REESTRUTURAÇÃO DA CARREIRA, PELA LEI 9.266/96. QUESTÃO NÃO SUSCITADA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. PRECLUSÃO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO NO RESP 1.235.513/AL, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Conforme o entendimento jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, firmado no julgamento do REsp 1.235.513/AL - de relatoria do Min. Castro Meira, submetido a Primeira Seção sob o rito previsto no artigo 543-C do CPC - eventuais limitações ao pagamento de índices remuneratórios, que poderiam ser analisados em processo de cognição, não podem ser suscitadas na fase executiva.

2. Embora o repetitivo tenha analisado o tema da compensação do reajuste de 28,86% para servidores públicos civis e militares, nada impede que os fundamentos jurídicos lá utilizados sejam aplicados nas hipóteses em que se analisa a limitação do pagamento do índice de 3,17%.

3. A revisão dos honorários advocatícios se mostra inviável de ser realizada na via do recurso especial, em face da incidência da Súmula 7/STJ, na medida em que não se mostra excessiva ou exorbitante a verba honorária fixada no caso concreto.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 331.539/AL, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 13/08/2013)

Na oportunidade, consignou com propriedade o Exmo. Ministro Mauro Campbell Marques (também destacado):

Destaque-se, ainda, que, conforme bem decidiu o acórdão recorrido, a despeito da sentença exequenda e do recurso de apelação datarem de momento anterior à edição da Medida Provisória 2.225-45/2001, dita norma já vigorava ao tempo da prolação do acórdão em 18.01.2005. Além do mais, a Lei 9.266/1996 já vigorava quando da contestação no processo de conhecimento, sem que tal fato fosse alegado pela agravante em sua peça de resistência ou no recurso de apelação...

Com a mesma diretriz, e de forma ainda mais clara, o seguinte precedente em acórdão conduzido pela Exma. Ministra Eliana Calmon (destaquei):

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - RESÍDUO DE 3.17% - LIMITAÇÃO TEMPORAL - OPORTUNIDADE DE ALEGAÇÃO NA FASE DE CONHECIMENTO - INEXISTÊNCIA DE INEXATIDÃO MATERIAL OU ERRO DE CÁLCULO ARITMÉTICO - PRETENSÃO DE REVISÃO DOS CRITÉRIOS UTILIZADOS PELA CONTADORIA JUDICIAL - IMPOSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que os efeitos da coisa julgada impedem a apresentação de matérias como a limitação temporal do pagamento do resíduo do índice de 3,17% em sede de embargos à execução somente nos casos em que a tese poderia ter sido aventada oportunamente como matéria de defesa e não o foi (REsp 1.235.513/AL).

2. No caso em análise verifica-se que a pretensão é de revisão dos critérios utilizados no cálculo de liquidação, sob o argumento de que o reajuste de 3,17% deveria ficar limitado a março de 1996, data da concessão das gratificações 805-GAPF, 808-DPF e 811-GAR DPF - art. 4º da Lei 9.266/96, que teriam incorporado o referido percentual aos vencimentos dos autores.

3. A ação foi proposta em março de 1997. Assim, a limitação temporal decorrente da entrada em vigor da Lei 9.266/96 poderia ter sido alegada em toda a fase de conhecimento. Porém, a questão não foi argüida pela União somente após o trânsito em julgado da sentença dos embargos à execução, estando a matéria preclusa. Precedente.

[...]

(AgRg no AREsp 70.649/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 07/05/2013)

Apenas mais um registro que considero de todo pertinente; a Medida Provisória 2.225-45/2001 nem de longe se traduz no ditame normativo que “possibilitou” a alegação da limitação temporal do reajuste em debate às reestruturações das carreiras dos servidores.

Na verdade, essa possibilidade sempre existiu *independentemente da norma em comento*, tanto assim, que essa linha decisória já foi e é adotada em relação ao similar reajuste de 28,86%, apesar de nenhum ditame normativo a ele específico estabelecer tal obrigatoriedade.

É saber, a simples edição da sobredita MP 2.225-45/2001 não pode ser invocada para permitir a superação da coisa julgada, porque, *em relação ao que aqui se analisa*, ela não configurou fato modificativo posterior.

Com a devida vênia aos que divergem dessa compreensão, tenho que a prevalência dessa tese corresponderia a uma possibilidade perigosíssima de se permitir à Administração a possibilidade de fazer uso da normatividade legislada para obliquamente vulnerar os efeitos da coisa julgada, mediante a simples fixação de ressalvas, limites e condições, para o pagamento de diferenças que jurisprudência já houvesse reconhecido de forma pacífica serem por ela devidas.

Em suma, a MP 2.225-45/2001 tem o condão de disciplinar o pagamento administrativo do reajuste em discussão, mas em hipótese alguma pode afetar as decisões judiciais já consolidadas que eventualmente tenham disposto em sentido distinto do que foi nela estabelecido.

Em face do exposto, nego provimento à apelação.
É o voto.

Segunda Turma

Apelação Cível 0052636-40.2012.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Cleberon José Rocha (convocado)
 Apelantes: Ailton Drumond dos Santos e outros
 Advogados: Dra. Juliana Reis de Castro e outros
 Apelada: União Federal
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
 Publicação: e-DJF1 de 03/02/2016, p. 1.489

Ementa

Administrativo. Servidor militar. Primeiro sargento ou suboficial. Escola de especialistas da Aeronáutica. Promoção a capitão. Prescrição do fundo de direito. Ocorrência. Interstício mínimo. Art. 24 do Decreto 68.951/1971. Legalidade. Isonomia. Descabimento. Sentença mantida.

I. O direito à revisão de ato administrativo (promoção de militar, até o posto último de capitão) prescreve em cinco anos, contado do ato que supostamente teria causado a lesão, pois após o decurso do aludido prazo a

prescrição atinge o próprio fundo de direito e não apenas as prestações sucessivas vencidas no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação.

II. Neste sentido é a orientação do STJ, “*nos casos em que se pretende rever ato de reforma de militar com sua promoção a um posto superior na carreira e, como mera consequência do deferimento do pedido de promoção, a revisão de seus proventos da inatividade, a prescrição aplicável é de fundo do direito, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932*” (STJ, AgRg no REsp 1.424.236/CE, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 24/06/2014).

III. Forçoso reconhecer que a pretensão revisional encontra-se atingida pela prescrição, posto que a documentação pessoal de todos os postulantes indica que suas promoções à graduação de 1º sargento ou suboficial se deram em data anterior ao quinquênio que antecedeu o ajuizamento da presente demanda.

IV. Mesmo que fosse superada a prescrição, no mérito sem razão os requeridos. Os autores, militares da Força Aérea Brasileira, objetivam ser promovidos até o posto de capitão, sob a alegação de que a Administração Militar desrespeitou os arts. 23 e 24 do Regulamento para o Corpo de Pessoal Graduado da Aeronáutica, haja vista não ter aplicado o interstício de 2 (dois) anos para as promoções que entendem fazer jus.

V. Conforme determinava o art. 4º, § 2º, do Decreto 68.951/1971, o militar pertencente ao quadro regular do Corpo do Pessoal Graduado da Aeronáutica tinha a graduação de suboficial (SO), o último grau hierárquico da carreira. O Decreto 86.686/1981, por sua vez, dispondo sobre o Quadro de Oficiais Especialistas da Aeronáutica – QOEA, estabeleceu a patente de capitão como último posto da carreira.

VI. De acordo com a legislação de regência, foi fixado apenas um interstício mínimo de 2 (dois) anos de permanência obrigatória em cada graduação e não um direito à promoção de 2 em 2 anos, como pretende a parte demandante. Além disso, trata-se apenas de mais um dos requisitos indispensáveis ao acesso à graduação superior.

VII. O ingresso no QOEA deveria ser precedido de aprovação em concurso de admissão e conclusão, com aproveitamento, do Estágio de Adaptação ao Oficialato. A promoção do militar é um direito garantido por lei, desde que verificadas as condições e limitações impostas na legislação e regulamentação específicas da época em que preenche as exigências para a promoção, pressupostos estes apreciados mediante juízo de mérito da Administração Militar.

VIII. Descabe falar em aplicação dos mesmos regramentos previstos para os músicos, taifeiros e militares do Quadro Complementar – QC (destinava apenas ao aproveitamento de cabos da ativa da Aeronáutica). Não há que se falar em isonomia entre militares que pertencem a carreiras distintas e se encontravam em situações funcionais diferentes. Precedentes desta Corte.

IX. Apelação a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 20/01/2016.

Juiz Federal *Cleberon José Rocha*, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberon José Rocha: —

1. Trata-se de apelação interposta pela parte-autora contra sentença que pronunciou a prescrição do fundo de direito, com fundamento no art. 1º do Decreto 20.910/1932, extinguindo o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil.

2. Na inicial, a parte-autora objetivava a correção das datas das suas promoções, retroativamente, obedecendo ao interstício legal e, após, a inclusão no Quadro de Oficiais Especialistas da Aeronáutica,

no posto de capitão, com a condenação da ré ao pagamento das diferenças remuneratórias daí advindas. Sustenta a necessidade de tratamento em igualdade de condições com os integrantes da Taifa (QTA) e aos pertencentes ao quadro complementar de terceiros sargentos.

3. Irresignados, os apelantes sustentam que, versando a ação sobre relação jurídica continuativa e prestações de trato sucessivo, a prescrição recai apenas sobre as prestações vencidas antes dos cinco anos que precedem o ajuizamento da ação, e não sobre todo o direito.

4. Afirmam que, preenchidos todos os requisitos para a promoção, torna-se vinculada a sua efetivação, constituindo assim, direito adquirido, garantido pelos princípios da igualdade e isonomia, como também ao respeito à hierarquia estatuída no Estatuto dos Militares.

5. Sustentam que, se tivessem sido promovidos no interstício correto, de 2 (dois) anos, teriam atingido a graduação de suboficial em menor tempo, o que lhes proporcionaria, dentro de pouco tempo, a possibilidade de galgar o oficialato atingindo, pois foram promovidos às graduações subsequentes, porém num interstício muito maior, sendo ultrapassados na carreira por outros militares menos antigos, causando quebra da hierarquia.

6. Contrarrazões da União requerendo a manutenção da sentença.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Cleberson José Rocha: — A sentença não merece reparos.

Prescrição

2. Consoante remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o ato da Administração Pública que promove alteração no posicionamento funcional do servidor é único e de efeito concreto, exaurindo-se no instante em que se concretiza, não gerando, portanto, relação jurídica de trato sucessivo.

3. Desta forma, o direito à revisão de ato administrativo promoção de militar prescreve em cinco anos, contado do ato que supostamente teria causado a lesão, pois após o decurso do aludido prazo a prescrição atinge o próprio fundo de direito e não apenas as prestações sucessivas vencidas no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação.

4. A hipótese em questão, portanto, se subsume ao disposto no art. 1º do Decreto 20.910/1932, segundo o qual as dívidas passivas da União, como todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou do fato que as originou, nestes termos:

Art. 1º - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal,

Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

(grifos deste relator)

5. Nessa toada, vejamos os seguintes arestos:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MILITAR. PRIMEIRO SARGENTO OU SUBOFICIAL. ESCOLA DE ESPECIALISTAS DA AERONÁUTICA. PROMOÇÃO À CAPITÃO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. OCORRÊNCIA. INTERSTÍCIO MÍNIMO. ART. 24 DO DECRETO 68.951/71. LEGALIDADE. ISONOMIA. DESCABIMENTO.

1. Militares da Aeronáutica que pretendem ser promovidos da graduação de Primeiro Sargento ou Suboficial até o posto de Capitão, sob a alegação de que a Administração Militar desrespeitou os artigos 23 e 24 do Regulamento para o Corpo do Pessoal Graduado da Aeronáutica - RGPGAer, haja vista não ter aplicado o interstício de 2 (dois) anos para as promoções que entendem fazer jus. 2. *Ocorrência, na hipótese, da prescrição do próprio fundo de direito, tendo em vista que a discussão recai sobre a lesão ao pretense direito subjetivo do apelante às sucessivas promoções, até o posto último de Capitão, que não teria sido observada pela Administração Militar quando os promoveu pela última vez ao posto de Suboficial, em 06/04/1984, 20/07/1981, 07/11/1988, 01/08/1984, 30/03/1988, 01/04/1991, 04/08/1971 e 01/08/1993, respectivamente, uma vez que a ação somente foi ajuizada em 09/01/2012.* 3. Ainda que ultrapassada a questão preliminar, não subsiste o pretense direito à parte autora, pois que a promoção dos militares ocorre mediante o preenchimento de outros pressupostos, os quais são apreciados mediante juízo de mérito da Administração Militar. Ao Poder Judiciário não cabe retificar datas de promoções concedidas à parte autora, sob pena de ofensa ao Princípio Constitucional da Separação dos Poderes. 4. Não há que se falar em tratamento diferenciado a militares que se encontravam em situação de igualdade, pois que devidamente observados os artigos 22, § 5º, 23 e 24 do Decreto-Lei 68.951/71. 5. “Não cabe ao Poder Judiciário intervir na seara concernente a critérios de promoções, submetidos à oportunidade e conveniência da Aeronáutica, cabendo ao Juízo tão-somente aferir a existência de ilegalidade no procedimento da Administração Militar, o que, de fato, não se vislumbra neste caso concreto” (TRF2, AMS 2002.51.01.008732-7/RJ, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Fernando Marques, DJ de 31/01/2006, p. 212). 6. Mantida a sentença na sua totalidade, inclusive no que pertinente à condenação da parte autora ao pagamento da verba honorária e das custas processuais. 7. Apelação a que se nega provimento.

(AC 0000166-32.2012.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CANDIDO MORAES, SEGUNDA TURMA, e-DJF1 p.217 de 18/11/2014)

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira e o Exmo. Sr. Juiz Federal Francisco Neves da Cunha (convocado).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. MILITAR DA AERONÁUTICA. PRETENSÃO DE PROMOÇÃO NA CARREIRA. REFORMA. ATO DE EFEITO CONCRETO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 83/STJ. APLICABILIDADE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL, AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

I. Em face de seu caráter infringente e em homenagem ao princípio da fungibilidade, recursal, os presentes Embargos de Declaração merecem ser recebidos como Agravo Regimental.

II. *Hipótese em que o agravante, transferido para a reserva da Aeronáutica em 27/01/83, ajuizou ação ordinária em 30/11/2011, objetivando a revisão do ato de reforma e a retificação de suas promoções, desde 26/07/1956, com sua promoção ao posto e graduação de Capitão, a contar de 26/07/1968, com o pagamento das diferenças remuneratórias.*

III. A jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que, “nos casos em que se pretende rever ato de reforma de militar com sua promoção a um posto superior na carreira e, como mera consequência do deferimento do pedido de promoção, a revisão de seus proventos da inatividade, a prescrição aplicável é de fundo do direito, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932” (STJ, AgRg no REsp 1.424.236/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/06/2014).

IV. “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” (Súmula 83/STJ).

V. Embargos Declaratórios recebidos como Agravo Regimental, ao qual se nega provimento.

(EDcl no AREsp 235.660/PR, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 19/08/2014)

(grifos deste relator)

6. No caso em exame, forçoso reconhecer que a pretensão revisional encontra-se atingida pela prescrição, posto que a documentação pessoal de todos os postulantes indica que suas promoções à graduação de 1º sargento ou suboficial se deram em data anterior ao quinquênio que antecedeu o ajuizamento da presente demanda.

7. Mesmo que fosse superada a prescrição, no mérito sem razão os requeridos.

Mérito

8. Cuida-se de ação ordinária na qual os autores, militares da Força Aérea Brasileira, objetivam ser promovidos até o posto de capitão, sob a alegação de que a Administração Militar desrespeitou os arts. 23 e

24 do Regulamento para o Corpo de Pessoal Graduado da Aeronáutica, haja vista não ter aplicado o interstício de 2 (dois) anos para as promoções que entendem fazer jus.

9. A parte-autora ingressou nos quadros da Força Militar, mediante concurso público, como 3º sargento após a conclusão do Curso de Formação de Sargentos – CFS, na Escola de Especialistas de Aeronáutica, fazendo parte, por conseguinte, do *Quadro Regular de Pessoal Graduado da Aeronáutica*.

10. Conforme determinava o art. 4º, § 2º, do Decreto 68.951/1971, o militar pertencente ao quadro regular do Corpo do Pessoal Graduado da Aeronáutica tinha a graduação de suboficial (SO), o último grau hierárquico da carreira, nestes termos:

Art. 4º Os efetivos do pessoal graduado são estabelecidos na Lei de Fixação de Forças da Aeronáutica.

§ 2º São graus da hierarquia militar no CPGAER:

Suboficial - (SO);

Primeiro-Sargento - (1S);

Segundo-Sargento - (2S);

Terceiro-Sargento - (3S);

Cabo - (CB), e

Taifeiro-Mór - (TM);

Soldado de Primeira-Classe - ... (S1); e

Taifeiro de Primeira-Classe - ... (T1);

Soldado de Segunda-Classe - (S2); e

Taifeiro de Segunda-Classe - (T2).

11. Preconizava o Decreto 68.951/1971, nos artigos que interessam ao deslinde do caso presente, o seguinte:

Art. 22. As vagas abertas de sub-oficial ou Sargentos, serão preenchidas pelos Sargentos de graduação imediatamente inferior, por um dos princípios previstos neste Regulamento independentemente de quadro ou especialidade, respeitada a antiguidade na Turma de Formação.

Omissis.

§ 5º O Sargento do Corpo de Pessoal Graduado da Aeronáutica não poderá permanecer mais de 7 (sete) anos consecutivos na mesma graduação e, neste caso deverá ser promovido, independente de vaga, à graduação imediatamente superior, desde que satisfeitas as demais condições previstas neste Regulamento.

Art. 23. Por qualquer dos princípios, salvo o de bravura, o acesso só se processará, quando satisfeitos os seguintes requisitos:

Interstício;

aptidão física;
 no mínimo, boa aptidão profissional;
 no mínimo, bom espírito militar; e
 no mínimo, bom comportamento militar e
 boa conduta civil.

Art. 24. O interstício mínimo de permanência obrigatória nas várias graduações é de:

- 2 anos, para os Sargentos;
- 6 meses, para os Soldados de 1ª e 2ª Classe;
- 1 ano, para o Taifeiro.

12. O Decreto 86.686/1981, por sua vez, dispendo sobre o Quadro de Oficiais Especialistas da Aeronáutica – QOEA estabeleceu a patente de capitão como último posto da carreira. Vejamos no que interessa a legislação:

Art. 6º. Os postos de carreira do Quadro de Oficiais Especialistas são os seguintes:

- Capitão;*
- 1º Tenente;
- 2º Tenente.

Art. 7º. Os Oficiais do Quadro de Oficiais Especialistas da Aeronáutica serão formados mediante seleção entre Suboficiais e à falta destes, dentre Primeiros-Sargentos do Corpo do Pessoal Graduado da Aeronáutica.

Art. 8º. A seleção para ingresso no Quadro de Oficiais Especialistas da Aeronáutica será feito entre os militares previstos no artigo anterior e que *satisfaçam às seguintes condições mínimas:*

I - estar incluído em faixa de cogitação a ser estabelecida pelo Comando-Geral do Pessoal;

II - ter sido diplomado no Curso de Aperfeiçoamento de Sargentos (CAS) ou ter sido aprovado em concurso para Suboficial, realizado antes da criação do CAS;

III - possuir certificado de conclusão de ensino de 2º grau ou equivalente;

IV - estar classificado no ótimo comportamento, no mínimo;

V - ter conceito favorável do Comandante;

VI - ter parecer favorável da Comissão de Promoções do CPGAer;

VII - ter sido aprovado nos exames de Seleção;

e

VIII - ter parecer favorável da Comissão de Promoções de Oficiais (CPO).

13. Deve, ainda, o militar concluir o Estágio de Adaptação ao Oficialato (EAOF). Vejamos o que preceitua o Decreto 2.996/1999 sobre o tema:

Art. 13. Os Suboficiais e Primeiros-Sargentos que concluírem com aproveitamento o EAOF serão nomeados Segundos-Tenentes, mediante ato do

Ministro da Aeronáutica, e terão sua precedência hierárquica de inclusão no QOEA estabelecida conforme o critério estipulado no artigo anterior, obedecendo o previsto na Lei de Promoções de Oficiais da Ativa das Forças Armadas, para ingresso na carreira de oficiais.

Art. 14. Os militares incluídos no QOEA serão titulares de obrigações, deveres, direitos e prerrogativas previstos no Estatuto dos Militares e demais dispositivos legais pertinentes ao oficialato.

14. Como visto, foi fixado apenas um interstício mínimo de 2 (dois) anos de permanência obrigatória em cada graduação e não um direito à promoção de 2 em 2 anos, como pretende a parte demandante. Além disso, trata-se apenas de mais um dos requisitos indispensáveis ao acesso à graduação superior.

15. O ingresso no QOEA deveria ser precedido de aprovação em concurso de admissão e conclusão, com aproveitamento, do Estágio de Adaptação ao Oficialato. De fato, a promoção do militar é um direito garantido, desde que verificadas as condições e limitações impostas na legislação e regulamentação específicas da época em que preenche as exigências para a promoção, pressupostos estes apreciados mediante juízo de mérito da Administração Militar.

16. Descabe falar em aplicação dos mesmos regimentos previstos para os músicos, taifeiros e militares do Quadro Complementar – QC (destinava apenas ao aproveitamento de cabos da ativa da Aeronáutica, vinculados sob regime de prorrogação de tempo de serviço). Não há que se falar em isonomia entre militares que pertencem a carreiras distintas e se encontravam em situações funcionais diferentes.

17. Sobre a matéria, cito o seguinte julgado desta Corte:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MILITAR. PRIMEIRO SARGENTO OU SUBOFICIAL. ESCOLA DE ESPECIALISTAS DA AERONÁUTICA. PROMOÇÃO À CAPITÃO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. OCORRÊNCIA. INTERSTÍCIO MÍNIMO. ART. 24 DO DECRETO 68.951/71. LEGALIDADE. ISONOMIA. DESCABIMENTO.

1. Militar da Aeronáutica que pretende ser promovido da graduação de Primeiro Sargento ou Suboficial até o posto de Capitão, sob a alegação de que a Administração Militar desrespeitou os artigos 23 e 24 do Regulamento para o Corpo do Pessoal Graduado da Aeronáutica - RGPGAer, haja vista não ter aplicado o interstício de 2 (dois) anos para as promoções que entende fazer jus. 2. Ingressando a parte autora nos quadros da Força Militar, como 3º Sargento após a conclusão do Curso de Formação de Sargentos - CFS, na Escola de Especialistas de Aeronáutica - EEAER, na cidade de Guaratinguetá/SP,

fazendo parte, por conseguinte, do Quadro Regular de Pessoal Graduado da Aeronáutica, descabe falar em aplicação dos mesmos regramentos previstos para outros militares pertencentes, por exemplo, ao Quadro Complementar - QC ou ao Quadro de Oficiais Especialistas de Aeronáutica - QOEA.

3. A controvérsia, in casu, não diz respeito à omissão do Ministério da Aeronáutica, pela não realização do estágio de aperfeiçoamento e, por conseguinte, o impedimento da integração dos Terceiros Sargentos do Quadro Complementar ao Quadro Regular do Corpo de Pessoal Graduado da Aeronáutica e subseqüentes promoções.

4. Ocorrência, na hipótese, da prescrição do próprio fundo de direito, tendo em vista que a discussão recai sobre a lesão ao pretense direito subjetivo dos apelantes às sucessivas promoções, até o posto último de Capitão, que não teria sido observada pela Administração Militar quando o promoveu pela última vez ao posto de 1º. Sargento e de Suboficial, em 01/12/1992, 01/08/2001, 01/08/2001, 01/04/2001, 01/08/1998, 01/04/1998, 20/07/1982, 01/12/1986, 16/04/1986 e 02/04/1984, uma vez que a ação somente foi ajuizada em 29/11/2011.

5. Ainda que ultrapassada a questão preliminar, não subsiste o pretense direito à parte autora, pois que a promoção dos militares ocorre mediante o preenchimento de outros pressupostos, os quais são apreciados mediante juízo de mérito da Administração Militar. Ao Poder Judiciário não cabe retificar datas de promoções concedidas à parte autora, sob pena de ofensa ao Princípio Constitucional da Separação dos Poderes.

6. *Não há que se falar em tratamento diferenciado a militares que se encontravam em situação de igualdade, pois que devidamente observados os artigos 22, § 5º, 23 e 24 do Decreto-Lei 68.951/71.*

7. *“Não cabe ao Poder Judiciário intervir na seara concernente a critérios de promoções, submetidos à oportunidade e conveniência da Aeronáutica, cabendo ao Juízo tão-somente aferir a existência de ilegalidade no procedimento da Administração Militar, o que, de fato, não se vislumbra neste caso concreto” (TRF2, AMS 2002.51.01.008732-7/RJ, Sexta Turma Especializada, Rel. Des. Federal Fernando Marques, DJ*

de 31/01/2006, p. 212). 8. Mantida a sentença na sua totalidade, inclusive no que pertinente à condenação da parte autora ao pagamento da verba honorária e das custas processuais, bem como à suspensão de sua execução, por força do art. 12 da Lei 1.060/51. 9. Apelação a que se nega provimento.

(AC 0065250-14.2011.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 p.177 de 16/05/2014)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MILITAR. TAIFEIRO DA AERONÁUTICA. PORTARIA Nº R-46. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. PROMOÇÃO. REQUISITOS ESSENCIAIS. JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos dos artigos 15 a 20 do Regulamento de Promoções de Graduados da Aeronáutica (Decreto nº 881/93), o interstício é apenas um dos requisitos que integram as condições de acesso, compreendendo-se, também, o fator aptidão física; satisfação do conceito profissional, moral, e o comportamento militar.

2. consoante jurisprudência do STJ, se faz necessário o preenchimento dos requisitos correspondentes para a promoção de Taifeiro a graduação de suboficial.

3. A exigência desses requisitos é de competência exclusiva da Administração, porque relacionados a juízos de conveniência e oportunidade, cujas análises são vedadas ao Poder Judiciário.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1105062/RJ, Rel. Min. CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), 6ª TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 19/04/2010)

18. Ante o exposto, nego provimento à apelação. É como voto.

Terceira Turma

Habeas Corpus 0065868-32.2015.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Ney Bello
 Impetrante: Carlos Alberto Maciel Abas
 Impetrado: Juízo Federal da 1ª Vara – MA
 Paciente: José Sérgio Melo de Moraes Rego (réu preso)
 Publicação: e-DJF1 de 22/01/2016, p. 1.939

Ementa

Processual Penal. Habeas corpus. Operação sermão aos peixes. Estelionato e peculato. Arts. 171 e 312 do Código Penal. Organização criminosa. Art. 2º da Lei 12.850/2013. Lavagem de dinheiro. Art. 1º da Lei 9.613/1998. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Conveniência da instrução criminal. Aplicação da lei penal. Presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva. Substituição pela prisão domiciliar. Excepcionalidade. Princípio da simetria. Medidas cautelares do art. 319 do CPP. Aplicação. Pagamento de fiança. Ordem parcialmente concedida.

I. A prisão preventiva do ora paciente foi determinada, juntamente com outros investigados, em 21/10/2015, em razão de pedido do MPF e representação da autoridade policial, por ele ter, supostamente, praticado os crimes tipificados nos arts. 171 e 312 do Código Penal; e arts. 2º da Lei 12.850/2013 e 1º da Lei 9.613/1998. Paciente segregado desde 16/11/2015.

II. A garantia da ordem pública e conveniência da investigação criminal justificam a decretação da prisão preventiva quando fundada em elementos fáticos concretos, suficientes a demonstrar a necessidade da medida.

III. O *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* estão presentes, haja vista que a materialidade delitiva e os indícios de autoria em relação ao paciente presumem-se pelos elementos de provas trazidos nos presentes autos.

IV. Paciente investigado no bojo da *operação sermão aos peixes*, deflagrada pela Polícia Federal para apuração de possível existência de organização criminosa voltada ao desvio de recursos públicos federais, oriundos do Fundo Nacional de Saúde – FNS e destinados ao Sistema de Saúde do Estado do Maranhão, mediante a constituição de parcerias entre o Poder Público e pessoas jurídicas de direito privado, especialmente a Organização Social (OS) denominada Instituto Cidadania e Natureza – ICN e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip) Bem Viver.

V. A partir dos áudios da interceptação telefônica, autorizada judicialmente, é possível constatar que o paciente, fiscal do contrato firmado entre a Secretaria de Saúde do Estado do Maranhão e o Instituto Cidadania e Natureza – ICN, realizou o planejamento e executou as formas de dificultar a auditoria realizada pela CGU na fiscalização realizada na ICN em março de 2015, mediante a ocultação de documentos que deveriam ser entregues àquela controladoria, além de ter conduzido procedimentos que beneficiaram outras empresas com desvio de recursos públicos.

VI. Utilizando-se o poder geral de cautela, constata-se que a substituição da medida constritiva pelo recolhimento domiciliar é medida que se impõe, ainda que na impetração não se alegue a existência de doença do paciente. Aplica-se, ainda, na espécie, o princípio da simetria com os outros *habeas corpus* impetrados em favor dos demais investigados na mesma operação. Deve o benefício da prisão domiciliar ser estendido, excepcionalmente, ao ora paciente.

VII. Liberdade provisória é um benefício de ordem processual cujo princípio orientador está insculpido no inciso LXVI do art. 5º da Constituição Federal: ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. Contudo, prisão domiciliar é uma espécie de medida cautelar que se compatibiliza com o instituto da fiança.

VIII. Para a fixação da fiança, estatui o art. 326 do CPP: “Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento”.

IX. Com fundamento na garantia processual, ante a gravidade da conduta e considerando os valores envolvidos na investigação policial, aliados à situação fática do paciente, e tendo em linha de visão, ainda, o caráter pedagógico da medida visando a inibição de prática delituosa, arbitro o valor da fiança, nos termos do indigitado art. 326 do CPP, em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

X. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para substituir o decreto de prisão preventiva do paciente pela prisão domiciliar com aplicação de medidas cautelares, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal e mediante o pagamento de fiança.

Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 15/12/2015.

Desembargador Federal *Ney Bello*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Ney Bello*: — Carlos Alberto Maciel Abas impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de José Sérgio Melo de Moraes Rego, contra ato do Juízo Federal da 1ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Maranhão, que decretou a prisão preventiva do ora paciente, ao fundamento da garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal.

A parte impetrante alega que o ora paciente é pessoa íntegra, de bons antecedentes e primário, não possuindo qualquer condenação judicial contra si, além de ser pai de família, possui endereço certo e sabido, bem como se trata de servidor público estável, da Secretaria de Estado da Saúde, há 28 (vinte e oito) anos, razão pela qual se encontra fora do alcance da regra do art. 312 do Código de Processo Penal.

Diz que ele jamais poderia ser preso preventivamente sob os fundamentos da cautelar, haja vista a inexistência de seus pressupostos, pelo que se tem uma espécie de punição antecipada em desprestígio aos princípios constitucionais da presunção da inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Nesse ponto, aduz que a decisão impugnada carece de fundamentação legal, porque não descreve concretamente os elementos em que se baseou, para deduzir, que, presente o requisito da garantia da ordem pública, evitando, assim, a reiteração criminosa, além do mais, os supostos delitos imputados teriam ocorrido até o final do exercício de 2014, revelando vaga, genérica e lacunosa a suposição de que ele supostamente voltaria a cometer os crimes.

Quanto à conveniência da instrução criminal, sustenta que a autoridade coatora entendeu necessária somente com base em uma afirmação genérica do

paciente, na qual disse ele que “iria neutralizar a ação da CGU”, sem, no entanto, constar no *decisum* de que forma se daria essa *neutralização*.

Assevera ter sido demonstrada a desnecessidade da privação da liberdade do paciente, vez que ausentes todos os requisitos que caracteriza o *periculum libertatis*, ao tempo em que afirma a existência do perigo da demora e da fumaça do bom direito.

Pugna pela concessão da ordem de *habeas corpus*, com a expedição do necessário alvará de soltura, para que, em liberdade, o paciente possa se defender das acusações que lhe são impingidas.

Decisão de fls. 681-686 indeferiu a liminar.

Parecer da Procuradoria Regional da República da 1ª Região, às fls. 691-707v, pela denegação da segurança.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal *Ney Bello*: — Cuida-se de ordem de *habeas corpus* impetrado em favor de José Sérgio Melo de Moraes Rego, contra decisão que decretou a prisão preventiva do ora paciente, ao fundamento da garantia da ordem pública.

Compulsando a documentação juntada aos autos, constato que foi determinada a prisão preventiva do ora paciente, juntamente com outros investigados, em 21/10/2015, em razão de pedido do MPF e representação da autoridade policial, por ter, supostamente, praticado os crimes tipificados nos arts.

* Participaram do julgamento a Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Waldemar Claudio de Carvalho (convocado).

171 e 312 do Código Penal; e arts. 2º da Lei 12.850/2013 e 1º da Lei 9.613/1998.

Estatuem os citados dispositivos legais, *in verbis*:

Estelionato

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

[...]

Peculato

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

[...]

Da organização criminosa (Lei 12.850/2013)

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

[...]

Dos Crimes de "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores (Lei 9.613/1998)

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Do parecer ministerial, por oportuno, transcrevo excertos que dão a dimensão do objeto da operação deflagrada pela Polícia Federal, *litteris*:

[...] no bojo da denominada 'Operação Sermão aos Peixes', na qual se investiga a existência de organização criminosa voltada ao desvio de recursos públicos federais, oriundos do Fundo Nacional de Saúde – FNS e destinados ao Sistema de Saúde do Estado do Maranhão, mediante a constituição de parcerias entre o Poder Público e pessoas jurídicas de direito privado, especialmente a organização social (OS) denominada INSTITUTO DE CIDADANIA E NATUREZA – ICN e a organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP) BEM VIVER – ASSOCIAÇÃO TAOCANTINA PARA O DESENVOLVIMENTO DA SAÚDE.

Além de terem sido verificados indícios de direcionamento das contratações das pessoas jurídicas de direito privado já referidas, observou-se que ambas receberam quantias milionárias por parte do Poder Público, sem comprovarem a devida aplicação dos valores, limitando-se, em alguns casos, à contratação de outros prestadores de serviço, sem fiscalização do trabalho.

Segundo consta, na conformidade do informado na 'Representação' da autoridade policial federal que deu origem à medida ora combatida, entre os anos de 2009 e 2013, o INSTITUTO DE

CIDADANIA E NATUREZA – ICN foi favorecido com a quantia total de R\$ 1.105.330.827,86 (um bilhão, cento e cinco milhões, trezentos e trinta mil, oitocentos e vinte e sete reais e oitenta e seis centavos), ao passo que a BEM VIVER - ASSOCIAÇÃO TOCANTINA PARA O DESENVOLVIMENTO DA SAÚDE RECEBEU, no mesmo período, o importe total de R\$ 715.641.135,03 (setecentos e quinze milhões, seiscentos e quarenta e um mil, cento e trinta e cinco reais e três centavos) (fl. 383-v).

Demais disso, a averiguação das movimentações financeiras do ICN demonstrou que parte dos recursos a ele repassados foram para nas contas de seus dirigentes e dos familiares destes. A mesma situação foi identificada relativamente a BEM VIVER (fl. 505v).

Da cópia da decisão juntada aos autos, proferida na Ação 45943-13.2012.4.01.3700, que narram os fatos e os fundamentos que levaram à decretação da prisão preventiva do ora paciente e dos demais investigados, destaca-se, *in verbis*:

A partir dos áudios da interceptação telefônica, a autoridade policial também constatou fatos que vinculam os seguintes investigados:

JOSÉ SÉRGIO MELO DE MORAES REGO

'Nos diálogos 5946737 e 5955440 entre PERICLES e JOSÉ SÉRGIO MELO DE MORAES REGO nos dias 12/03/2015 e 14/03/2015, PÉRICLES fala sobre a fiscalização da CGU que vai recair sobre a ICN durante a gestão das unidades hospitalares nos anos 2010 a 2013. SERGIO orienta PERICLES como deve proceder e diz que vai neutralizar a ação da CGU' (fls. 347/348)

[...]

O investigado JOSÉ SÉRGIO MELO DE MORAES REGO é servidor da Secretaria Estadual de Saúde do Maranhão. Foi fiscal do contrato entre a SES/MA e o ICN.

Dele está provado que realizou o planejamento e executou as formas de dificultar a auditoria realizada pela CGU na fiscalização realizada na ICN em março de 2015, apesar de ter sido fiscal do contrato entre a ICN e a SES/MA.

Conforme provas contidas no inquérito policial, ocultou documentos que deveriam ser entregues a CGU durante fiscalização realizada em março/2015.

Também conduziu procedimentos no interior da SES/MA para que a empresa ASA NEFRON pertencente ao investigado recebesse recursos utilizando notas fiscais de outra empresa BIORIN, que inclusive já havia encerrado suas atividades coma Secretaria Estadual de Saúde do Maranhão.

Há ainda provas de que tenha conduzido procedimentos no interior da SES/MA para que a empresa RD TECNOLOGIA fosse beneficiada em desvio

de recursos públicos [...] (fl. 355 e 406 - destaques nossos).

Corroborando o entendimento supra, transcrevo do parecer ministerial (fls. 691-707v) a seguinte passagem, *verbis*:

O paciente se mostrou um agente importante para a dissimulação e ocultação da irregularidades praticadas, não obstante fosse o responsável por fiscalizar a ocorrência destas, não se pode negar que a conduta a ele atribuída demonstrou exacerbada gravidade.

Merece destaque, ainda, o fato de que ele teria empregado expedientes, com vistas à ocultação e destruição de documentos que poderiam comprovar as práticas criminosas, evidenciando sua intenção de dificultar as atividades investigativas.

[...].

Considerando-se não haver notícia da conclusão de todas as análises pertinentes de documentos e provas no âmbito do feito originário e que o Paciente, segundo as interceptações telefônicas listadas pela decisão vergastada, demonstrou ter conhecimento de onde estariam localizados outros papéis importantes para o caso, urge que o ergastulamento provisório seja mantido [...] (fls. 706/707v - destaques no original).

Presentes, portanto, o *fumus comissi delicti e o periculum libertatis*, de forma que se faz necessária a manutenção da segregação cautelar a fim de preservar a ordem pública e a instrução criminal, notadamente, pelo fato de que o paciente *“ocultou documentos que deveriam ser entregues a CGU durante fiscalização” e “que vai neutralizar a ação da CGU”*.

Todavia, analisando as provas dos autos, constato que o ora paciente detinha funções diferenciadas dos demais investigados na multicitada operação, desempenhando, aparentemente, papel menos significativo na organização criminosa e, apesar de inexistir o pedido de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, entendo ser possível aplicar a esse paciente uma cautela menor, qual seja, a prisão domiciliar.

Nesse diapasão, fazendo uso do poder geral de cautela, constato que a substituição da medida constritiva pelo recolhimento domiciliar é medida que se impõe, ainda que na impetração não se alegue a existência de doença do paciente, e fora das hipóteses previstas no art. 318 do Código de Processo Penal.

O cárcere em presídio, no caso vertente, não é necessário na medida em que existem outros direitos a serem protegidos, razão pela qual, proporcionalizando o quadro fático com a norma processual penal, e aplicando o princípio da simetria com os outros *habeas*

corpus impetrados em favor dos demais investigados por mim relatados, nos quais deferi a substituição em comento, entendo ser o caso de, excepcionalmente, estender o benefício dado àqueles ao ora paciente.

Ademais, as investigações são recentes e ainda não foram concluídas, se fazendo necessária a restrição na locomoção do paciente, a fim de não permitir que ele prejudique a marcha das investigações.

Quanto ao pedido de desconstituição da prisão preventiva, constato ter restado motivado o decreto prisional que tem por base elementos concretos indicativos da materialidade delitiva, de indícios de autoria e da necessidade de garantir a ordem pública.

Para a fixação da fiança, valho-me da dicção do art. 326 do CPP, que prescreve:

Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento [...].

Importa salientar que, no caso concreto, segundo informado na representação da autoridade policial federal, entre os anos de 2009 e 2013, o Instituto de Cidadania e Natureza – ICN foi favorecido com a quantia total de R\$ 1.105.330.827,86 (um bilhão, cento e cinco milhões, trezentos e trinta mil, oitocentos e vinte e sete reais e oitenta e seis centavos), ao passo que a Bem Viver recebeu, no mesmo período, o importe total de R\$ 715.641.135,03 (setecentos e quinze milhões, seiscentos e quarenta e um mil, cento e trinta e cinco reais e três centavos).

Fixada a prisão domiciliar, questão relevante se torna entender se o recolhimento residencial — que é uma hipótese de prisão — possui compatibilidade com o instituto da fiança.

Observo que a prisão domiciliar, a fiança, o monitoramento eletrônico e demais medidas taxadas no art. 319 do Código de Processo Penal são hipóteses de cautela utilizáveis pelo juiz no exercício do poder geral de cautela.

Não há — *a priori* — incompatibilidade entre quaisquer delas, o que permite, *prima facie*, a cumulação da fiança, com o monitoramento eletrônico e com a prisão domiciliar.

Todas as hipóteses de cautela são, *per si*, cumuláveis.

No caso concreto a prisão domiciliar é uma cautela que insculpe uma segregação mitigada, e pode

ser cumulada com a fiança, haja vista as funções da fiança como contracautela.

Grande parte dos doutrinadores, dentre eles Guilherme Nucci, entende que a principal finalidade da fiança é fazer com que o indivíduo fique vinculado ao processo por laços econômicos rígidos, evitando seu encarceramento, de forma que acompanhe os atos processuais dos quais foi intimado e que se apresente em caso de condenação. Complementando diz, ainda:

[...] *outras finalidades são a de garantir as custas, a multa e o pagamento da indenização do dano 'ex delicto' causado pelo crime se for condenado, conforme artigo 336 do CPP [...]* (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 643-644).

Ratificando a possibilidade do aumento dos valores da fiança, por oportuno, colaciono excertos do magistério de Eugênio Pacelli & Douglas Fischer, Gustavo Badaró e Renato Brasileiro de Lima, *ipsis verbis*:

[...] *comprovada a sua pujança (econômico-financeira) o valor poderá ser aumentado até mil vezes (inovação da Lei n. 12.403, alterando o limite anterior, que era de até dez vezes).*

O limite, 'agora bem' amplo – de um a mil – abriga 'grande' margem de individualização da medida coercitiva, segundo seja a capacidade de cada um (nos termos do que fixado no art. 326, CPP) [...].

(Pacelli, Eugênio & Fischer Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2014, pp. 700/701).

[...]

[...] *De outro lado, o inciso III do § 1º do art. 325, com a redação dada pela Lei n. 12.403 aumentou, consideravelmente, o fator multiplicador a ser reputado pelo juiz, para os investigados ou acusado que gozarem de boa situação econômica: no regime anterior, a fiança poderia ser 'aumentada [...]' até o décuplo; agora, poderá ser 'aumentada em até 1.000 (mil) vezes'. Como os valores da fiança podem atingir o máximo de 200 salários mínimos (art. 325, 'caput', II), sendo tal valor aumentado em até 1.000 vezes (§ 1º, III), poderá atingir 200.000 salários mínimos, que em valores atuais equivale a R\$ 135.6000.000,00!*

(Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 2. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 785).

[...]

A fim de adequar o valor da fiança, e levando-se em consideração a situação econômica do preso, é possível que a fiança seja dispensada, reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços) ou aumentada em até 1.000 (mil) vezes. Ao se referir à dispensa da fiança, o art. 325, § 1º, I, faz menção ao art. 350 do CPP, o

qual estabelece que somente o juiz poderá dispensar a concessão de fiança. Portanto, tanto a autoridade policial quanto a judiciária podem reduzir o valor da fiança, até o máximo de 2/3 assim como aumentá-la em até 1.000 (mil) vezes, nos termos do art. 325, §1º, incisos II e III, mas somente o juiz pode dispensar a caução (CPP, art. 350, 'caput').

[...] *Deve a autoridade policial ou o magistrado fixar seu valor em quantia apreciável, sob pena de o valor não exercer qualquer caráter coercitivo sobre o agraciado. Some-se a isso o fato de que caução servirá, também, para o pagamento das custas, da indenização do dano 'ex delicto', da prestação pecuniária e da multa, em caso de condenação [...].*

(Lima, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. rev. ampl. e atual. – Bahia: Editora jus PODIVM, 2014, pp. 1001/1002).

Considerando o universo de valores mencionados no presente feito, sobre os quais recaem suspeitas de desvio, considerando, ainda, o patrimônio do paciente e a relevância dos fatos, faz-se mister fixar tais valores referentes à fiança em volume equânime.

Nesse diapasão, com fundamento na garantia processual, ante a gravidade da conduta e considerando os valores envolvidos nas investigações realizadas pela Polícia Federal, aliados à situação fática do paciente, e tendo em linha de visão, ainda, o caráter pedagógico da medida visando a inibição de prática delituosa, arbitro o valor da fiança, nos termos do indigitado art. 326 do CPP, em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Decisão recente da lavra do Ministro Rogério Schietti, do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito jurisprudencial, corroboram o entendimento supra, conforme se depreende do seguinte excerto, *litteris*:

[...] *a fiança representa uma hipótese de medida cautelar diversa da prisão (CPP, art. 319, VIII), de modo que a sua fixação não se mostra arbitrária quando a autoridade entende que é necessário assegurar o comparecimento do preso a atos do processo ou evitar a obstrução do seu andamento.*

[...] os elementos existentes no processo são suficientes para demonstrar que o arbitramento da fiança representou a medida cautelar que melhor se adequou ao caso, constituindo como forma de garantia de cumprimento das obrigações processuais pelo acusado, não havendo, portanto, que falar em substituição dessa medida por quaisquer outras elencadas no artigo 319 do CPP.

Como é cediço, a fiança consubstancia uma garantia real, consistente no pagamento em dinheiro ou na entrega de valores ao Estado, para assegurar o direito de permanecer em liberdade provisória no transcurso de processo criminal. Para determinar o valor da fiança, a autoridade responsável pela sua fixação, deverá levar em consideração a natureza da infração, vida pregressa

do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento, e em especial, as condições pessoais de fortuna do acusado (CPP, art. 326), devendo, pois, ser apreciada toda a sua situação econômica, de modo a possibilitar o arbitramento de um valor condizente com sua capacidade financeira, evitando-se, assim, a imposição de qualquer tipo de prejuízo ao acusado.

(STJ, HC 294.871, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, DJE de 02/06/2014).

No mesmo sentido, colaciono, ainda, os seguintes precedentes jurisprudenciais, *in verbis*:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO, FALSIDADE IDEOLÓGICA E QUADRILHA. OPERAÇÃO FRATELLI. PRISÃO PREVENTIVA CONVERTIDA EM MEDIDAS CAUTELARES. FIANÇA. SUSPENSÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA. POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DELITIVA. CABIMENTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO DESPROVIDO.

Omissis.

2. O instituto da fiança tem por finalidade a garantia do juízo, assegurando a presença do acusado durante a persecução criminal e o bom andamento do feito. Interpretando sistematicamente a lei, identifica-se uma finalidade secundária na medida, que consiste em assegurar o juízo também para o cumprimento de futuras obrigações financeiras.

3. No caso concreto, o Tribunal a quo justificou seu posicionamento considerando “a existência de indícios razoáveis da imputação contida na denúncia, que é de conduta criminosa da qual resulta proveito econômico para os denunciados, em detrimento do erário” (fl. 290). Tal posicionamento não destoia do que dispõe o Código de Processo Penal.

Omissis.

7. Recurso a que se nega provimento.

(STJ, RHC 42.049¹, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJE de 03/02/2014).

¹ Excerto do voto condutor: “No que diz respeito à fiança, observando isoladamente o dispositivo supracitado, vê-se que o instituto tem por finalidade a garantia do juízo, assegurando a presença do acusado durante a persecução criminal e o bom andamento do feito. Ao examinar todo o Capítulo que trata da liberdade provisória, interpretando sistematicamente a lei, identifica-se uma finalidade secundária na medida, que consiste em assegurar o juízo também para o cumprimento de futuras obrigações financeiras. Assim, dispõe o art. 326 do Código de Processo Penal que “para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade,

HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. PRISÃO EM FLAGRANTE. APREENSÃO DE MERCADORIAS AVALIADAS EM R\$ 177.347,28, TOTALIZANDO O VALOR DOS IMPOSTOS ILUDIDOS EM R\$ 93.530,84. NEGATIVA DA LIBERDADE PROVISÓRIA. FUNDAMENTADA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL E GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DA PRÁTICA DELITUOSA. ARBITRAMENTO DE FIANÇA. VALOR EXORBITANTE. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A negativa da liberdade provisória sem fiança encontra fundamento na garantia da ordem pública e na aplicação da lei penal, ante a gravidade da conduta, uma vez que, segundo conta do auto de infração, o valor das mercadorias apreendidas é de R\$ 177.347,28, totalizando o valor dos impostos iludidos em R\$ 93.530,84, bem como a ocorrência de reiteração criminosa.

2. O Tribunal a quo estabeleceu o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), “tendo em vista os critérios estabelecidos nos artigos 325 e 326, do Código de Processo Penal, e especialmente, a reiteração delitiva específica, a grande quantidade de mercadorias apreendidas, bem como a empreitada coletiva - que contava pelo menos três veículos envolvidos e outros agentes envolvidos”.

3. *Habeas corpus denegado.*

(STJ, HC 233;660, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJE de 27/08/2012 - destaques nossos).

HABEAS CORPUS. ARTIGO 334 E 288 DO CÓDIGO PENAL. LIBERDADE PROVISÓRIA COM FIANÇA. VALOR MÁXIMO ARBITRADO. COMPATIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Decisão devidamente fundamentada (artigo 325, II e 326, todos do CP).

2. Antecedentes, circunstâncias, capacidade financeira decorrente do valor da carga e dos valores em moeda real e dólares apreendidos, ausência de

bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.”

Já o art. 336 do mesmo diploma legal assenta que “o dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.”

[...].

Acerca da natureza do instituto, trago à baila o entendimento do ilustre doutrinador Gustavo Badaró, que assim preleciona:

“Assegurando o comparecimento do acusado ao processo, a fiança tem natureza tipicamente cautelar. Assume a função de cautela processual na medida em que o acusado é obrigado a comparecer aos atos do processo, incluindo os atos probatórios. Também poderá ser uma cautela final, garantindo a aplicação da lei penal, quer porque o valor ou objetos dados em fiança poderão ser utilizados para o pagamento da pena de multa e de prestação pecuniária (CPP, art. 336), quer porque exercerá pressão psicológica para o comparecimento do acusado para o início de cumprimento da pena, em caso de condenação transitada em julgado, evitando com isso o perdimento da fiança (CPP, art. 344). (in Processo Penal, Editora Elsevier, 2012, p. 776)”.

comprovação de atividade lícita. Fiança arbitrada no valor máximo justificada.

3. A fiança não deve ser arbitrada em quantia aquém do necessário para funcionar como elemento inibitório à prática de novo delito.

4. *Ordem denegada.*

(TRF3, HC 00000066020154030000, Quinta Turma, Rel. Des. Federal Maurício Kato, e-DJF3 de 18/03/2015).

PROCESSUAL PENAL E PENAL: HABEAS CORPUS. ARTIGO 333 DO CP. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 312 DO CPP. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES. ARTIGO 319 DO CPP. LIBERDADE PROVISÓRIA. VALOR DA FIANÇA.

Omissis;

VI - A fiança foi fixada em 100 salários mínimos (R\$ 67. 800,00), valor adequado e suficiente ao caso sub examen.

VII - O arbitramento da fiança deve ser feito em consonância com o disposto no artigo 325 do CPP, que prescreve os seus valores de acordo com a maior ou menor gravidade da infração.

VIII - É igualmente imperioso atentar para o comando normativo insculpido no artigo 326 do CPP, que estabelece critérios objetivos e subjetivos para a autoridade fixar o valor da fiança.

IX - Cabe ao julgador, além do disposto no artigo 325 do CPP, observar os parâmetros para a fixação da fiança, estabelecidos no artigo 326 daquele Codex, a saber: natureza da infração, condições pessoais de fortuna e vida progressa, circunstâncias indicativas de periculosidade e importância provável das custas do processo.

X - O valor da fiança, arbitrado em 100 salários mínimos, se revela adequado ao caso sub examen.

Omissis.

(TRF3, HC 53.474, Segunda Turma, Rel. Des. Federal Cecília Mello, e-DJF3 de 16/05/2013).

PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ART. 334 DO CP. PRISÃO EM FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA. POSSIBILIDADE.

1. A liberdade provisória deve ser concedida se não estiverem presentes as hipóteses autorizadoras da prisão preventiva (CPP, art. 312).

2. A jurisprudência desta Corte tem-se mostrado favorável à concessão de liberdade provisória condicionada à prestação de fiança, quando possível, levando-se em conta as condições pessoais de fortuna do acusado. Isto por política criminal, para que o acusado permaneça vinculado ao Processo Penal ou ao Inquérito Policial.

3. A fiança deve ser estipulada com o fim de ser preservado e fortalecido o vínculo do agente com o juízo, mas não de forma a impossibilitar seu

cumprimento, assim como, também não deve ser fixada em valor simbólico, que torne inócua sua função de garantia processual. Por isso importante ser determinada de modo proporcional à capacidade financeira do paciente, com observância dos parâmetros previstos no art. 325 c/c art. 326, ambos do CPP.

(TRF4, RSE 00014243520094047010, Sétima Turma, Rel. Des. Federal Tadaaqui Hirose, DJE de 22/04/2010 - destaques nossos).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. FIANÇA. VALOR. SITUAÇÃO ECONÔMICA DOS RÉUS.

- A fiança consiste numa caução destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu e não um preço a ser pago pela liberdade provisória, de sorte que seu valor deve se fazer sentir financeiramente pelo acusado.

- Hipótese em que os recorrentes, a par de terem sido presos em flagrante com a elevada quantia de € 1.022.000,00 (um milhão e vinte e dois mil euros) - o que já demonstra uma soberba condição econômica - conseguiram pagar prontamente a fiança supostamente excessiva. Donde se constata que a mesma foi arbitrada de acordo com o disposto no art. 325 do CPP.

- Recurso improvido, mantendo-se o quantum arbitrado.

(TRF5, RSE 200483000145019, Primeira Turma, Rel. Des. Federal Francisco Wildo, DJU, II, de 10/11/2004, p. 1044 - destaques nossos).

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem de habeas corpus, para o fim de converter a prisão preventiva do paciente — José Sérgio Melo de Moraes Rego —, pela prisão domiciliar, no local por ele indicado na petição inicial, mediante o cumprimento das seguintes medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, que entendo suficientes para impedir a reiteração criminosa por parte do paciente:

a) solicitar ao juízo de origem prévia autorização para seu deslocamento, inclusive, para consultas médicas ou laboratoriais, ainda que na cidade de São Luís/MA. Deve, ainda, o paciente comunicar ao juízo eventual mudança de endereço.

b) proibição de manter contato com as demais pessoas elencadas na decisão do juízo de origem (cópia anexada aos presentes autos);

c) proibição de se ausentar do Estado do Maranhão, devendo depositar seu passaporte válido na sede da Superintendência da Polícia Federal no MA, se porventura, ainda estiver na sua posse;

d) proibição de utilizar quaisquer meios de comunicação — telefonia fixa, celulares ou por e-mail

— devendo entregar os respectivos aparelhos na sede da Superintendência da Polícia Federal no MA.

e) monitoração eletrônica;

f) pagamento de fiança, que arbitro, extraordinariamente, com base na fundamentação supra, em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Ressalto que deve o paciente observar as restrições acima, sob pena de revogação. E, em caso

de sobrevir os requisitos autorizadores da medida cautelar, nova prisão poderá ser decretada, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Expeça-se imediatamente o competente alvará de soltura, se por algum outro motivo o paciente não estiver preso.

É o voto.

Terceira Turma

Habeas Corpus Cível 0060817-11.2013.4.01.0000/MT

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes
Impetrante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradora: Dr. Adriana Maia Venturini
Impetrado: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Pontes e Lacerda – MT
Interessado: Vinícius de Lacerda Aleodim Campos
Publicação: e-DJF1 de 03/02/2016, p.1.886

Ementa

Penal e Processual Penal. Termo circunstanciado por crime de desobediência. Procurador federal. Descumprimento de ordem judicial. Atipicidade da conduta. Trancamento.

I. O crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal, tem por sujeito ativo o particular, e não o servidor público no exercício de suas funções legais.

II. Não é atribuição de procurador federal o cumprimento de ordem judicial direcionada ao pagamento de débitos previdenciários, eis que sua competência limita-se à representação judicial do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

III. Ordem de *habeas corpus* concedida para determinar o trancamento do termo circunstanciado instaurado em face do paciente.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 26/01/2016.

Desembargadora Federal Mônica Sifuentes, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes: — Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e a Procuradoria-Geral Federal – PGF, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União – AGU, representados neste ato pela Divisão de Defesa das Prerrogativas da Carreira de Procurador Federal e de Divulgação Institucional, por intermédio dos Procuradores Federais Alessandra Chaves Braga Guerra, Henrique Jorge Dantas da Cruz e

Luciana Dias de Almeida Campos, em favor de Vinícius de Lacerda Aleodim Campos, Procurador Federal, no exercício da Procuradoria Federal Especializada junto ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, em Brasília/DF, apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 1ª Vara da comarca de Pontes e Lacerda/MT.

Os impetrantes relatam que o paciente, no período de 23/06 a 30/11/2008, esteve lotado na Procuradoria Federal Especializada do INSS em

Cáceres/MT, onde exerceu as atribuições inerentes ao cargo de procurador federal.

Por essa razão, em 17/11/2008 recebeu a citação e a intimação de tutela antecipada concedida nos autos do processo 3849-80.2008.811.0013, ajuizado por José Serpa Mota, em desfavor do INSS.

A rubrica de ciente foi a única atuação do paciente no referido processo, cuja última movimentação indica o envio dos autos para a Coordenadoria de Recursos desta Corte Regional.

As demais intervenções no referido feito foram realizadas por outro Procurador, Djalma Félix de Carvalho (documento 2), que entrou em exercício na Procuradoria de Cáceres/MT desde 03/11/2013 (documento 3).

Ainda, em 1º/12/2008 o paciente foi removido para Cachoeiro do Itapemirim/ES e, conseqüentemente, deixou de responder pelas demandas judiciais propostas pelo INSS na comarca de Pontes e Lacerda/MT.

O procurador federal que substituiu o paciente na Procuradoria Federal em Cáceres/MT informou ao juízo, em 03/03/2009, sobre a impossibilidade de implantação do benefício concedido em sede de tutela antecipada ante a ausência de documentos necessários e solicitou que o autor fosse intimado a apresentá-los.

Diante dessa informação carreada aos autos pelo autor, de que o benefício não fora implantado, a autoridade coatora determinou ao requerente o envio dos documentos e ao requerido a implantação do benefício no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de consignação de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) e crime de desobediência.

Apresentados os documentos pelo requerido, a autoridade coatora concluiu que a determinação não fora cumprida pelo requerido e, em consequência, elevou a multa para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e determinou a instauração de termo circunstanciado de ocorrência por desobediência, em desfavor do paciente.

O referido procedimento foi instaurado na comarca de Pontes e Lacerda/MT, sendo extraída carta precatória para a Delegacia de Capturas e Polícia Interestadual do Distrito Federal com a finalidade de oitiva do paciente às 16h30 do dia 16/10/2013.

Alegam constrangimento ilegal, sob os seguintes argumentos:

- inexistência de atribuições do paciente para cumprimento da ordem judicial;
- incompetência da Polícia Civil para apurar a prática do suposto delito;

- prescrição da pretensão punitiva do Estado;
- impossibilidade de atuação do paciente no processo em questão, por motivo de remoção;
- implantação do benefício pretendido em 04/12/2009;
- atipicidade da conduta;
- inexistência de dolo; e
- impossibilidade de se determinar a abertura de inquérito ante a opção pela multa.

Em liminar, pleiteiam a expedição de salvo conduto e suspensão da oitiva do paciente.

O pedido de liminar foi deferido a fls. 63-64.

A autoridade apontada coatora prestou as informações solicitadas a fls. 68-69.

O Ministério Público Federal, em parecer elaborado pelo Procurador Regional da República Alexandre Espinosa Bravo Barbosa, manifesta-se pela concessão da ordem de *habeas corpus* (fls. 72-75).

A Procuradoria-Geral Federal da Advocacia-Geral da União requer o prosseguimento do feito e reitera o pedido de trancamento do termo circunstanciado de ocorrência 195/10 por absoluta ausência de justa causa (fl. 77).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes: — O *habeas corpus* foi impetrado com a finalidade de promover o trancamento do termo circunstanciado de ocorrência 195/10 instaurado perante a Delegacia de Polícia Civil de Pontes e Lacerda/MT para apurar a prática do delito de desobediência previsto no art. 333 do Código Penal.

Na hipótese, o paciente, na qualidade de procurador federal do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, está sendo investigado pela suposta prática do crime de desobediência (art. 330 do CP), em razão de ter deixado de cumprir ordem judicial que lhe foi dirigida.

O artigo 330 do Código Penal dispõe que é crime de desobediência: “desobedecer a ordem legal de funcionário público: pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa”.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello e o Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado).

Esse delito somente pode ser praticado por particular contra a Administração em geral, conforme o capítulo em que está inserido.

Apenas quando o servidor público agir fora das suas atribuições, ou seja, quando agir em desrespeito à ordem não referente às suas funções, atuando como particular contra a Administração, é admissível a prática do delito do art. 330 do CP, o que não é a hipótese dos autos. Confira-se a jurisprudência a respeito do tema:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA POR CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ART. 330 DO CÓDIGO PENAL. CUMPRIMENTO DE COMANDO JUDICIAL, A DESTEMPO, POR SECRETÁRIO ESTADUAL DE SAÚDE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PREVARICAÇÃO. ART. 319 DO CÓDIGO PENAL. NÃO DESCRIÇÃO, NA DENÚNCIA, DO ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO DO TIPO. REJEIÇÃO DA PEÇA ACUSATÓRIA.

I - O crime de desobediência (art. 330 do CP), inserido no Capítulo "dos crimes praticados por particular contra a administração em geral", tem por sujeito ativo o particular, e não o servidor público, no exercício de suas funções legais.

II - Considera-se servidor público, para os efeitos penais, nos termos do art. 327 do CP, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. (INQ 2007.01.00.025141-2/RO, 2ª SEÇÃO, Rel.: Desembargadora Federal Assusete Magalhães, e-DJF1: 08/06/2009, p. 16).

Dessa forma, não há como imputar o crime de desobediência ao paciente, pois ele é funcionário público, consoante o conceito do art. 327 do Código Penal.

Além disso, verifica-se que ao paciente cabe apenas a representação judicial do INSS, não sendo sua atribuição o cumprimento de ordem judicial direcionada ao pagamento de débitos previdenciários, cuja competência cabe ao superintendente do INSS. Assim, o procurador federal não se confunde com o órgão que representa.

Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* para determinar o trancamento do termo circunstanciado instaurado em face do paciente.

É como voto.

Quarta Turma

Agravo de Instrumento 0046958-59.2012.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Ítalo Mendes
Agravante: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT
Procurador: Dr. Paulo Roberto M. de Castro Wanderley
Agravado: Aduino Mansur Árabe
Publicação: e-DJF1 de 12/01/2016, p. 141

Ementa

Processo Civil. Agravo de instrumento. Exceção de suspeição. Perito. Expressa e precisa indicação do fundamento legal no qual se embasa a exceção de suspeição. Art. 138, § 1º, do Código de Processo Civil. Desnecessidade. Agravo provido.

I. Não se apresenta como necessária a expressa e precisa indicação do fundamento legal no qual se embasa a exceção de suspeição, tendo em vista que o art. 138, § 1º, do Código de Processo Civil, ao dispor acerca do procedimento da referida exceção, não previu tal requisito como condição para o seu processamento e eventual acolhida.

II. Inviabiliza a manutenção da r. decisão agravada o apontado pelo d. Ministério Público Federal, em seu parecer, no sentido de que *“Observando-se o conjunto fático trazido aos autos, verifica-se que, dos feitos nos quais o perito labora, em alguns deles ele funciona como assistente técnico da parte, pago pelo interesse privado na defesa de determinadas concepções de avaliação de imóveis e, em outras demandas similares, movidas contra a mesma entidade de direito público, atua na qualidade de como perito judicial. Deduz-se serem ambas as condições mutuamente excludentes, porque a imparcialidade do Perito fica abalada, quando a mesma pessoa já se comprometeu como assistente com determinadas teses”* (fl. 326).

III. Agravo provido.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 10/11/2015.

Desembargador Federal *Ítalo Mendes*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Ítalo Mendes: — Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de concessão de efeito suspensivo, interposto pelo Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes – DNIT, em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da Subseção Judiciária de Passos/MG, que, em síntese, rejeitou exceção de suspeição do perito judicial (fls. 234-236 dos autos digitais).

Em defesa de sua pretensão, o agravante alegou, em resumo, que:

1) “Ingressando no feito em destaque na fase probatória, foi determinada a realização de perícia, sendo indicado perito oficial o Engenheiro Aduino Mansur Árabe, que já apresentou seu laudo.

Sucedendo que o referido engenheiro atua em outros processos da Seção Judiciária de Minas Gerais (Belo Horizonte) com assistente técnico de expropriados defendidos pelo mesmo advogado Dr. Maurício de Las Casas Ignácio da Silva. Exemplos: processo nº [...]” (fl. 8);

2) “Noutro processo temos a atuação do Dr. Aduino – na oportunidade atuando como assistente técnico do autor da ação – em relação a Auto Peças São Jorge. Neste processo, o assistente técnico, Dr. Aduino, defendeu que houve aposamento administrativo” (fl. 9);

3) “O perito oficial, sentença e acórdão concluíram que não houve qualquer tipo de ilícito por parte do DNER/DNIT. Assim, demonstra-se que labora sem a devida isenção em face da União (sucessora do DNER) e em face do DNIT.

E a suspeição se torna ainda mais constrangedora quando, já tendo sido emitido o laudo, o engenheiro assistente técnico da União aponta erro gritante do perito na fixação da área expropriada, conforme parecer juntado naquela demanda” (fl. 9);

4) “Agraga-se a isso o fato que em pesquisa no próprio site do TRF1, o perito respondeu processo pelos crimes relacionados à fé pública e falsificação. Destacamos que nossas informações, sempre em tese, foram baseadas em informativo da Justiça Federal, tendo sido absolvido da imputação. Contudo, o Estado (por meio do MPPF) entendeu por bem ofertar denúncia e processar o perito Dr. Aduino. A sentença absolutória entendeu que os fatos não eram infração penal” (fl. 13);

5) “[...] os fatos da ação penal, apesar de não serem crimes (princípios da completa adequação entre fato e delito), podem ser considerados relevantes para afastar a confiança necessária do juízo para indicar o expert” (fl. 13);

6) “Sendo searas diversas, entendemos que pode haver um juízo negativo, no âmbito civil, sobre a indicação do perito, considerando aqueles fatos levados ao juízo criminal.

Desta forma, impossível ao indicado atuar em processos onde o DNIT e DNER figuram como interessados, autores, réus, etc” (fl. 14);

7) “[...] em decisão de fls. 201/203, o juiz a quo, entendeu que não foi especificado o fundamento legal da exceção formulada. Contudo, o incidente levantado foi claro em enunciar o inciso do artigo 135 que figura na hipótese dos autos, qual seja, inciso V [...]” (fl. 14);

8) “[...] o perito já atuou diversas vezes como assistente técnico de partes que ajuizaram demanda parecida contra o extinto DNER e DNIT. Como assistente técnico de autores de demandas que pleiteiam indenizações em face do DNIT, por certo tem interesse que os mesmos se saiam vencedores, uma vez que o pagamento de seus honorários será garantido” (fl. 15);

9) “[...] dificilmente o laudo será isento, na hipótese de favorecer a defesa do DNIT, uma vez que as opiniões e pareceres do suspeito favoráveis as teses do DNIT poderiam ser utilizados contra os laudos do mesmo perito, nas hipóteses em que atua como assistente técnico de indivíduos que processam o DNIT” (fl. 15); e

10) “[...] o perito suspeito não comprovou nos autos conhecimento específico relacionado à engenharia rodoviária. Não demonstrou através de cursos, palestras, experiências pretéritas na área específica da engenharia rodoviária. A perícia a ser realizada nos autos não se refere a engenharia comum, mas a matéria afeta a engenharia rodoviária. É o que dispõe o artigo 145, parágrafo 2º do CPC [...]” (fl. 16).

Por meio da decisão de fls. 243-244, indeferi o pedido de concessão de efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento.

O agravado apresentou contrarrazões às fls. 252-261.

Informações prestadas pelo MM. juízo federal *a quo*, às fls. 314-316.

O d. Ministério Público Federal, no parecer de fls. 321-326, opinou, em síntese, “[...] *pelo conhecimento e provimento do agravo para que seja reconhecida a suspeição do agravado*” (fl. 326).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Italo Mendes: — Por vislumbrar presentes os requisitos de admissibilidade deste recurso, dele conheço.

Verifica-se dos autos que o agravante está a se insurgir contra a r. decisão do MM. juízo federal *a quo* que rejeitou a exceção de suspeição arguida pelo ora agravante, em razão da nomeação do perito Aduino Mansur Árabe.

A r. decisão agravada encontra-se, *data venia*, fundamentada nos seguintes termos:

II – Prescindível a produção de provas, passo ao exame da questão de fundo.

Logo à partida, é bem de ver a ausência de indicação precisa e específica do fundamento legal onde se apóia a *exceptio suspicionis*. A tanto não serve, com certeza, o quanto esgrimiu o excipiente: ‘CPC, art. 135 c/c 138, inc. III’. Cumpria-lhe apontar, dentre as hipóteses enunciadas no Código de Processo Civil, artigo 135, aquela determinante da suspeição de parcialidade brandida.

É o suficiente a prontamente fulminar a arguição. Em tema de exceções, matéria de direito estrito, ao juízo não é dado sair à cata de fundamento supostamente idôneo a arrimar narrativa fática dada à luz pelo interessado.

Mesmo se houvesse evocação do pertinente dispositivo legal, hipótese admitida a título de argumentação, ainda assim, ressentir-se-ia de fôlego a *exceptio*.

Basta dizer que o essencial da versão fática a propeli-la – ‘sucede que o referido engenheiro oficia em outros processos da Seção Judiciária de Minas Gerais (Belo Horizonte) como assistente técnico de expropriados defendidos pelo mesmo advogado Dr. Maurício de Las Casas Ignácio da Silva (f. 07) – escapa aos estritos lindes da legislação reitora, vedada qualquer analogia ou extensão (CPC, art. 135, I a V).¹

Por outra parte, a absolvição do perito em processo-crime precedente, à evidência, é inservível a arrimar a exceção. Nenhum édito absolutório pode espargir efeitos deletérios e, menos ainda, metamorfosear-se em ‘pena’ de infâmia ou servir de veículo à estigmatização.

De resto, o dilatado interregno de atuação do arguido como perito, inclusive no âmbito da Justiça Federal, infirma a suscitação de ausência de cabedal técnico.

Portanto, a todas luzes, a imprecisão se ressentente de qualquer lastro.

III – NESTAS CONDIÇÕES, à vista da fundamentação expendida, rejeito a exceção de suspeição (fls. 235/236).

No caso, merece realce, *concessa venia*, o posicionamento esposado pelo d. Ministério Público Federal, quando, às fls. 321-326, em parecer da lavra do eminente Procurador Regional da República, Dr. Luiz Augusto Santos Lima, ao opinar “[...] *pelo conhecimento e provimento do agravo para que seja reconhecida a suspeição do agravado*” (fl. 326), asseverou, em momento anterior, que:

Nos presentes autos, é mister consignar, preliminarmente, que, em pesquisa realizada no sítio eletrônico desse Tribunal Regional Federal da 1ª Região, encontraram-se decisões divergentes nas colendas 3ª e 4ª Turma, em casos semelhantes a este, nos quais figuram como Agravante e Agravado, respectivamente, o DNIT e o perito Aduino Mansur Árabe, conforme é possível verificar da leitura dos julgados abaixo transcritos:

‘PROCESSO CIVIL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. PERITO. Não é suspeito o perito que atua como assistente técnico em outras causas de matéria diferente em que é demandada a mesma pessoa jurídica. Não comprometimento de sua imparcialidade.’

(AG 0000095-45.2012.4.01.0000 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.471 de 15/06/2012)

‘PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DO PERITO JUDICIAL.

1. A simples alegação de que o perito é suspeito por ter atuado em outros processos, que tinham como parte o ora agravante, não é suficiente para configurar a hipótese de suspeição prevista no art. 135 do CPC.

2. Agravo de instrumento não provido.’

(AG 0006167-48.2012.4.01.0000/MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p. De 19/10/2012)

‘PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. PERITO. ATUAÇÃO COMO ASSISTENTE TÉCNICO EM OUTRAS AÇÕES DE DESAPROPRIAÇÃO ENVOLVENDO O DNER E O DNIT. POSSIBILIDADE DE CONTAMINAÇÃO DA PERÍCIA.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Alexandre Buck Medrado Sampaio e Pablo Zuniga Dourado (convocados).

¹ ‘Agravo de Instrumento. Exceção de Suspeição do Perito. Art. 135 do CPC. Não enquadramento. Não se enquadrando a hipótese dos autos em nenhuma das situações elencadas no art. 135 do Código de Processo Civil – CPC, aplicadas também aos peritos, descabe a exceção de suspeição do expert nomeado pelo magistrado a quo’. (TRF 4. Região – AG 200904000192950 – rel. Sebastião Ogê Muniz – 6. Turma – D.E. 28/07/2009).

INTERESSE EM TESES CONFLITANTES ART 135 DO CPC.

1. O perito é um auxiliar do Juiz, deve agir com imparcialidade. Se o perito vem defendendo teses contrárias àquelas defendidas pelo ora agravante, em outras ações de desapropriação, sua imparcialidade ficou, de fato, comprometida.

2. É evidente que o profissional, embora tenha de apresentar tão somente um trabalho técnico, pode contaminar a perícia ao expor convicções pessoais acerca da interpretação de normas técnicas. Agindo assim, o perito perde a condição imprescindível ao exercício de seu dever e pode levar o juiz ao erro. Tem razão assim, o agravante ao pedir a troca de perito.

3. O legislador preocupou-se em afastar do processo não só os que estão legalmente impedidos. Devem ser afastados também aqueles sob suspeita de que estejam agindo de forma tendenciosa, em defesa de interesses de uma das partes.

4. Agravado de Instrumento provido.'

(AG 0009113-90.2012.4.01.0000 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, QUARTA TURMA, e-DJF1 p.500 de 15/06/2012)

Ante a divergência, este Parquet Federal entende ter maior plausibilidade a tese do Agravante, a qual se amolda ao entendimento veiculado pela 4ª Turma desse Tribunal Regional no julgado alhures.

Com efeito, a exigência do Juízo a quo de que a parte aponte o inciso fundamentador da suspeição deve ser afastada, posto que, o § 1º do art. 138 do CPC não exige tal providência, determinando tão somente que a exceção seja fundamentada. Ademais, vigora no ordenamento jurídico brasileiro o princípio do *luri Novit Cúria*, bastando à parte narrar os fatos para que tenha o direito.

A Exceção de Suspeição, como é sabido, é incidente destinado a apurar a inaptidão subjetiva do Perito para o exercício de função no processo, de modo que seja a incapacidade técnica do Perito, tese aventada pelo Agravante, ou as ponderações feitas pelo Agravado relativas a seus estudos e experiência acumulada, não são seriam temas, por si só, a fundamentar a exceção.

O Agravante alega que o expert nomeado pelo Juízo não poderia realizar seu trabalho com imparcialidade, notadamente pois oficia em outros processos como assistente técnico de expropriados defendidos pelo advogado Dr. Maurício de Las Casas Ignácio da Silva, nos quais apresentou laudos contrários aos interesses do órgão público.

Dada a grande importância que o laudo produzido pelo Perito Oficial tem na formação do convencimento do Julgador, urge ser este um profissional equidistante aos interesses das partes em conflito, apto a realizar um trabalho isento, que vá ao encontro, do modo mais próximo possível, à realidade fática em questão, colaborando, assim, de forma efetiva para a correta distribuição da Justiça.

A questão fundamental discutida nos autos diz respeito ao artigo 138, III do CPC. Sobre tal norma

incide o disposto no art. 135 do mesmo Código, de cuja conjugação brota evidente concreção da ideia de impessoalidade impressa no art. 37 da Constituição Federal.

Observando-se o conjunto fático trazido aos autos, verifica-se que, dos feitos nos quais o perito labora, em alguns deles ele funciona como assistente técnico da parte, pago pelo interesse privado na defesa de determinadas concepções de avaliação de imóveis e, em outras demandas similares, movidas contra a mesma entidade de direito público, atua na qualidade de como perito judicial. Deduz-se serem ambas as condições mutuamente excludentes, porque a imparcialidade do Perito fica abalada, quando a mesma pessoa já se comprometeu como assistente com determinadas teses.

Isso posto, o Ministério Público Federal opina pelo conhecimento e provimento do agravo para que seja reconhecida a suspeição do agravado (fls. 323/326).

Não merece, *data venia*, ser mantida a r. decisão agravada, na forma do parecer do d. Ministério Público Federal acima mencionado.

Com efeito, não se apresenta como necessária a expressa e precisa indicação do fundamento legal no qual se embasa a exceção de suspeição, tendo em vista que o art. 138, § 1º, do Código de Processo Civil, ao dispor acerca do procedimento da referida exceção, não previu tal requisito como condição para o seu processamento e eventual acolhida.

Além do mais, inviabiliza, *data venia*, a manutenção da r. decisão agravada o apontado pelo d. Ministério Público Federal, em seu parecer, no sentido de que

Observando-se o conjunto fático trazido aos autos, verifica-se que, dos feitos nos quais o perito labora, em alguns deles ele funciona como assistente técnico da parte, pago pelo interesse privado na defesa de determinadas concepções de avaliação de imóveis e, em outras demandas similares, movidas contra a mesma entidade de direito público, atua na qualidade de como perito judicial. Deduz-se serem ambas as condições mutuamente excludentes, porque a imparcialidade do Perito fica abalada, quando a mesma pessoa já se comprometeu como assistente com determinadas teses [...] (fl. 326).

Assim, com a licença de entendimento outro, não merece ser mantida a r. decisão agravada.

Diante disso, dou provimento ao agravo de instrumento, para, tornando insubsistente a r. decisão agravada, reconhecer a suspeição do perito Adatao Mansur Árabe.

É o voto.

Quarta Turma

Apelação Cível 0012759-73.2011.4.01.4000/PI

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)
Apelante: Saulo Cunha de Serpa Brandão
Advogados: Dr. Herberth Denny de Siqueira Barros e outros
Apelado: Ministério Público Federal
Procurador: Dr. Antônio Cavalcante de Oliveira Júnior
Publicação: e-DJF1 de 05/02/2016, p. 3.843

Ementa

Administrativo. Constitucional. Ato de improbidade administrativa configurado. Contratação de cônjuge. Prática do nepotismo. Violação a princípios da Administração Pública. Moralidade e impessoalidade.

I. A vedação à prática do nepotismo está alicerçada em princípios constantes do art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, dentre os quais o da moralidade e o da impessoalidade, não havendo necessidade de edição de lei para coibir essa prática. Além disso, a lei de improbidade administrativa veio para disciplinar os atos que importam em improbidade administrativa, dentre os quais estão aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública.

II. O réu, ao contratar sua esposa para a correção de redações dos candidatos do processo de seleção do Programa Seriado de Ingresso na Universidade – PSIU, em órgão que ocupava cargo de direção, violou os princípios da legalidade, moralidade e da impessoalidade.

III. O ato tido por ímprobo, na hipótese, encontra-se descrito no art. 11, *caput*, da Lei 8.429/1992, situação em que é suficiente a comprovação do dolo genérico, refletido na simples vontade consciente de aderir à conduta descrita no tipo, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica, não sendo necessário que haja dano material ao Erário.

IV. A sanção aplicada, de multa, guarda proporcionalidade e razoabilidade com os atos praticados pelo réu, que demonstrou não ter respeito e zelo com a coisa pública.

V. Apelação não provida.

Acórdão

Decide a Turma negar provimento à apelação, à unanimidade.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 26/01/2016.

Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio, relator convocado.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio: — Trata-se de apelação interposta por Saulo Costa de Serpa Brandão contra sentença (fls. 603-606) que o condenou pela prática do ato de improbidade previsto no art. 11, *caput*, da Lei 8.429/1992, na sanção de pagamento de multa no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

A sentença entendeu que o requerido praticou ato ímprobo ao contratar sua cônjuge para a correção de redações dos candidatos no processo de seleção

do Programa Seriado de Ingresso na Universidade – PSIU, pois violou os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, porquanto, além de ter parentesco com o réu, ela não era servidora da UFPI e não tinha formação em Letras.

Em apelo, o réu alega que o único critério técnico para correções de redação de vestibular, conforme dispõe o edital (fls. 217-219), é o domínio da Língua Portuguesa, sendo indiferentes quaisquer qualificações técnicas referentes a outras ciências (Direito, Medicina, Engenharia etc.). Diz que sua esposa recebeu remuneração superior aos outros porque

laborou por períodos maiores, conforme o controle de frequência e a permissão contida na Resolução do Conselho Administrativo da UFPI.

Assevera que, conforme declaração firmada pelo presidente da Copese, a UFPI nunca contratou corretores de redações para as provas do PSIU mediante processo licitatório, sendo sempre os profissionais retirados de um banco de colaboradores, no qual todos são identificados e assinam declaração de compromisso com o sigilo e que não têm parentes participando no certame.

Afirma que não pode ser condenado pela suposta prática de nepotismo, pois, à época dos fatos, não havia norma legal que vedasse a conduta de contratação de pessoas da família, uma vez que a Súmula Vinculante 13 do STF somente versa sobre vedações para contratação de pessoas para cargos comissionados e funções de confiança, não abrangendo as hipóteses de contratações. Aduz que não pode ser condenado pela prática de ato ímprobo, pois não ocorreu dano ao Erário, bem como inexistente prova de que agiu com dolo (fls. 612-619).

Apresentadas as contrarrazões, os autos foram encaminhados para o MPF, que, em parecer proferido pelo Procurador Regional da República Luiz Fernando Voss, opinou pelo não provimento do recurso (fls. 638-645).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio: — No caso, o réu foi condenado por ter, na qualidade de presidente da extinta Copeve, no biênio 2007/2009, contratado sua esposa para participar do processo de seleção de candidatos do Programa Seriado de Ingresso na Universidade – PSIU, para a correção de redações dos candidatos.

A sentença entendeu que o requerido praticou a conduta do art. 11, *caput*, da Lei 8.429/1992, pois a contratação de sua cônjuge violou os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, porquanto ela não era servidora da UFPI e não tinha formação em Letras, sendo que o perfil de avaliadores de redação de processos seletivos feitos pela Copeve é de professor da UFPI com formação em Letras. Disse que, embora a designação de membros da

Copeve fosse assinada pelo reitor da UFPI, o réu, como presidente Copeve, tinha o dever legal de, agindo sob os ditames da moralidade, tomar as providências para impedir que sua esposa trabalhasse em comissão por ele presidida.

Com efeito, os atos de improbidade administrativa não se confundem com simples ilegalidades administrativas ou inaptidões funcionais,¹ devendo, a mais disso, apresentar alguma aproximação objetiva com a essencialidade da improbidade, relacionada à inobservância dos princípios regentes da atividade estatal — legalidade, impessoalidade, honestidade, imparcialidade, publicidade, eficiência e moralidade —, dispensando-se, para a subsunção da conduta nesse tipo legal, o prejuízo ao Erário e o enriquecimento ilícito.

No caso do art. 11 da LIA, assentou a jurisprudência do STJ que basta a comprovação do dolo genérico, refletido na *simples vontade consciente de aderir à conduta descrita no tipo, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica — ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria —, sendo despidendo perquirir acerca de finalidades específicas*².

Portanto, é suficiente a comprovação do dolo genérico, não sendo necessária a comprovação de dano ao Erário para a caracterização dos atos de improbidade administrativa descritos no art. 11 da LIA. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. EX-PREFEITO. REELEIÇÃO. PRESCRIÇÃO AFASTADA. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR. APLICAÇÃO IRREGULAR DE RECURSOS PÚBLICOS. ATOS ÍMPROBOS CONFIGURADOS. SENTENÇA REFORMADA. [...] 6. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que é dispensável o dolo específico para a configuração de improbidade por ofensa aos princípios administrativos, previstos no art. 11 da Lei 8.429/1992, considerando bastante o dolo genérico. (REsp 654.721/MT, Relatora Ministra Eliana Calmon, in DJe 01/09/2010). 7. Os equívocos que comprometem os princípios constitucionais da Administração Pública se enquadram no raio de abrangência do art. 11 da Lei 8.429/92 e não exigem a demonstração de prejuízo para serem

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal I'talo Mendes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Pablo Zuniga Dourado (convocado).

¹ A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado (REsp 213.994-0, 1ª Turma; relator Ministro Garcia Vieira; DJ de 27/09/1999).

² AgRg no REsp 1214254/MG, rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05/02/2011, DJe 22/02/2011.

caracterizados. 8. A inobservância por parte do ex-prefeito quanto aos termos do convênio firmado pelo município com o FNDE, no que se refere aos recursos recebidos para a aplicação no Programa de Alimentação Escolar, configuram atos de improbidade previstos nos artigos 10, XI, e 11, caput, da Lei 8.429/92. [...] 14. Apelações a que se dá provimento.

(AC 0000256-94.2008.4.01.3201 / AM, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.1018 de 28/11/2014)

Tenho que a sentença não merece reparo, porquanto restou demonstrado que o réu praticou o ato de improbidade em questão ao contratar sua esposa para trabalhar na mesma pessoa jurídica em que ele é servidor público federal e ocupava o cargo de presidente, mediante a correção de redações dos candidatos do processo de seleção do Programa Seriado de Ingresso na Universidade – PSIU, pois privilegiou um cidadão em detrimento de outro em função de laços familiares. Assim agindo, violou os princípios da moralidade e da impessoalidade.

A alegação do réu de que não pode ser condenado porque não se aplicam a Súmula Vinculante 13 do STF e o Decreto 7.203/2010, ao argumento de esta norma foi editada após a prática dos atos em questão e de que aquela norma não se aplica ao caso, não infirma o julgado questionado, porquanto o fundamento utilizado para condená-lo pela prática de ato de improbidade administrativa foi a violação dos princípios da moralidade e da impessoalidade, por ter contratado seu cônjuge para exercer função pública na mesma pessoa jurídica em que ele é servidor público federal.

A vedação à prática do nepotismo está alicerçada em princípios constantes do art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, entre os quais o da moralidade e da impessoalidade. Assim, não há a necessidade de edição de lei para coibir essa prática, a qual já está proibida pela Carta Magna, conforme entendem o STF e STJ. A propósito, vale ressaltar que foram editadas várias normas vedando a prática do nepotismo, como as Leis 8.112/1990 e 9.427/1996 e o Decreto 7.203/2010.

Além disso, a Lei de Improbidade Administrativa – 8.429/1992 – foi editada para disciplinar os atos que constituem improbidade administrativa, conforme previsto na Constituição Federal, tendo previsto várias condutas, dentre elas as que atentam contra os princípios da Administração Pública e violam os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. DENEGAÇÃO DE LIMINAR. ATO DECISÓRIO CONTRÁRIO À SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF. NEPOTISMO. NOMEAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO CARGO. VÍCIOS NO PROCESSO DE ESCOLHA. VOTAÇÃO ABERTA. APARENTE INCOMPATIBILIDADE COM A SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. LIMINAR DEFERIDA EM PLENÁRIO. AGRAVO PROVIDO.

I – A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, uma vez que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. I - O cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná reveste-se, à primeira vista, de natureza administrativa, uma vez que exerce a função de auxiliar do Legislativo no controle da Administração Pública. III — Aparente ocorrência de vícios que maculam o processo de escolha por parte da Assembleia Legislativa paranaense. IV - À luz do princípio da simetria, o processo de escolha de membros do Tribunal de Contas pela Assembleia Legislativa por votação aberta, ofende, a princípio, o art. 52, III, b, da Constituição. V - Presença, na espécie, dos requisitos indispensáveis para o deferimento do pedido liminarmente pleiteado. VI - Agravo regimental provido.

(Rcl 6702 MC-Agr/PR. Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Tribunal Pleno. Julgamento: 04/03/2009).

ADMINISTRATIVO NEPOTISMO - VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - OFENSA AO ART. 11 DA LEI 8.429/1992 - DESNECESSIDADE DE DANO MATERIAL AO ERÁRIO.

1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em razão da nomeação da mulher do Presidente da Câmara de Vereadores, para ocupar cargo de assessora parlamentar desse da mesma Câmara Municipal. 2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o ato de improbidade por lesão aos princípios administrativos (art. 11 da Lei 8.249/1992), independe de dano ou lesão material ao erário. 3. Hipótese em que o Tribunal de Justiça, não obstante reconheça textualmente a ocorrência de ato de nepotismo, conclui pela inexistência de improbidade administrativa, sob o argumento de que os serviços foram prestados com 'dedicação e eficiência'. 4. O Supremo Tribunal, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 12/DF, ajuizada em defesa do ato normativo do Conselho Nacional de Justiça (Resolução 7/2005), se pronunciou expressamente no sentido de que o nepotismo afronta a moralidade e a impessoalidade da Administração Pública. 5. O fato de a Resolução 7/2005 - CNJ restringir-se objetivamente ao âmbito

do Poder Judiciário, não impede — e nem deveria norteadores (moralidade e impessoalidade) da formulação desse ato normativo. 6. A prática de nepotismo encerra grave ofensa aos princípios da Administração Pública e, nessa medida, configura ato de improbidade administrativa, nos moldes preconizados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992. 7. Recurso especial provido.

(RESP 1009926, Rel. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJE: 10/02/2010)

A propósito, o *Parquet*, em parecer, afirmou que o réu violou preceitos morais e éticos ao contratar sua esposa para trabalhar em órgão que exerceu cargo de direção, sendo ainda mais grave sua conduta pelo fato de a qualificação acadêmica dela ser inferior às necessidades da função para a qual foi contratada. Veja:

[...] Tal norma visa proteger os valores morais e éticos que devem estar sempre presentes às condutas dos agentes públicos, independentemente da ocorrência efetiva de lesão ao erário ou do enriquecimento sem causa do autor do ato.

No caso sob apreço, a conduta imputada ao demandado viola o princípio da legalidade por afrontar diretamente às normas supracitadas que vedam o nepotismo e regem a contratação de pessoas e serviços, no âmbito da Administração Pública e ofende os princípios da impessoalidade e o da isonomia ao, na contratação de um servidor público, privilegiar um cidadão, em detrimento de outro, não por razões de mérito, mas em função de laços familiares.

O desvio de finalidade de referida contratação sobressai do fato de que, não só o demandado contratou a sua esposa, como do fato de que a sua qualificação acadêmica não se coadunava com as funções para a qual ela foi contratada, recebendo pelos mesmos serviços pagamento superior ao feito aos demais avaliadores. [...].

Diante disso, restou demonstrado o dolo genérico do réu pela violação voluntária e consciente dos seus deveres de forma injustificada, sendo evidenciada a prática do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, *caput*, da LIA.

Das sanções

Para o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da LIA são previstas as seguintes sanções:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na

legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

[...]

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Na aplicação das penalidades pela prática dos atos de improbidade, devem ser observadas a gravidade da conduta, a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente, conforme o art. 12 da Lei 8.429/1992, sendo que não é obrigatória a aplicação das penalidades de modo cumulativo.

A sentença condenou o réu pela prática do ato de improbidade previsto no art. 11, *caput*, da Lei 8.429/1992, na sanção prevista no art. 12, III, dessa norma, de pagamento de multa no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais). Para justificar a aplicação da sanção, o magistrado teceu as seguintes considerações:

Levando em consideração o princípio da proporcionalidade, não aplico as penas de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos por serem demasiadamente gravosas para o ilícito em questão. Não há motivo também para aplicar as penalidades de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Não houve dano a ser ressarcido. Assim, condeno o Réu ao pagamento de multa no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Verifica-se que a aplicação da sanção foi bem fundamentada e guarda proporcionalidade e razoabilidade com os atos praticados, pois o réu demonstrou não ter respeito e zelo com a coisa pública.

Em face do exposto, *nego provimento à apelação do réu*.

É o voto.

Quinta Turma

Numeração única: 0041341-79.2007.4.01.3400

Apelação Cível 2007.34.00.041596-6/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes
Apelante: Jacinto Pereira Teles
Advogados: Dr. Ulisses Borges de Resende e outros
Apelada: União Federal
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas
Publicação: e-DJF1 de 12/01/2016, p. 323

Ementa

Processual Civil. Servidor público. Agente de vigilância do Ministério das Relações Exteriores. Missão no exterior. Indenização por danos materiais e morais. Prescrição.

I. Na espécie, o autor, Jacinto Pereira Teles, requer a condenação da União, Ministério das Relações Exteriores, aos pagamentos de indenização correspondente a R\$ 294.000,00 (duzentos e noventa e quatro mil reais), por danos materiais, referentes às viagens que deixou de fazer para o exterior, no interesse da Administração, e por danos morais em decorrência do constrangimento e da humilhação supostamente sofridos diante dos demais colegas de trabalho, ao deixar de cumprir as missões para as quais fora designado, sob a justificativa de responder a processos judiciais.

II. De acordo com o conteúdo da sentença recorrida “se o alegado dano moral decorreu de atos de perseguição ao autor ocorridos em 22/04/1997 (quando fora designado pela última vez no sistema de rodízio entre agentes de vigilância para cumprir missão temporária na Argentina) e na revogação de sua designação para servir na embaixada brasileira em Lagos, na Nigéria, em 12/03/2001, está consumada a prescrição quinquenal, considerando a propositura da presente ação em 28/11/2007”.

III. A impetração de dois mandados de segurança anteriores ao ajuizamento da presente ação não obteve o condão de interromper o prazo prescricional, por inexistência de identidade entre as questões controvertidas nas referidas demandas.

IV. No MS 2004.34.00.028220-7, julgado parcialmente procedente, o autor postulou não só a concessão de ordem para determinar o seu livre trânsito em todo o MRE e o seu retorno para o posto de serviço de segurança localizado no *hall* do gabinete do ministro de Estado das Relações Exteriores, como também a inclusão de seu nome na relação de escalas elaboradas pelo referido órgão para a prestação de serviços no exterior. No MS 2007.34.00.013238-6, julgado improcedente, o apelante solicitou o seu imediato retorno à lotação originária e a garantia do direito de permanecer na sua lotação originária até um ano após o final de seu mandato sindical.

V. “As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem” (art. 1º do Decreto 20.910/1932).

VI. Independentemente do reconhecimento da prescrição, na hipótese, não cabe prosperar as alegações referentes aos danos de ordem material e moral, porque os elementos apresentados nos autos não ensejam tais reparações.

VII. Quanto ao dano material: (i) o ato de enviar servidores do Ministério das Relações Exteriores (MRE) para cumprir missões no exterior — que podem ser permanentes, transitórias ou eventuais, nos termos do art. 3º da Lei 5.809/1972 —, possui natureza eminentemente discricionária, de acordo com a conveniência e a oportunidade da Administração em determinar a mudança de lotação de seus servidores, sendo insuscetível de controle judicial; (ii) a existência do sistema de rodízio entre os agentes de vigilância do MRE não ficou provado nos autos.

VIII. Quanto ao dano moral, este não ficou devidamente provado (CPC, art. 333, I). Os inconvenientes apontados pelo autor baseado no fato de ele não ter sido eventualmente escolhido para integrar determinada missão no

exterior representa consequência natural do seu cargo, que não integra a carreira própria para realizar serviço no exterior, mas, sim, o Plano Geral de Cargos do Poder Executivo (agente de vigilância).

IX. As viagens debatidas nos autos estão adstritas ao *interesse da Administração* e não do servidor.

X. Apelação do autor não provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação do autor.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 18/11/2015.

Desembargador Federal *Néviton Guedes*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — Jacinto Pereira Teles interpõe apelação contra sentença proferida em ação de rito ordinário que pronunciou a prescrição quinquenal, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, por meio do qual o autor pretende a condenação da União (Ministério das Relações Exteriores) ao pagamento de indenização de R\$ 294.000,00 (duzentos e noventa e quatro mil reais), a título de danos materiais, referentes às viagens que deixou de fazer para o exterior, no interesse da Administração, e indenização por danos morais por ele sofridos em decorrência do constrangimento e humilhação diante dos demais colegas de trabalho, ao deixar de cumprir as missões para as quais fora designado, sob a justificativa de responder a processos judiciais.

O juízo *a quo* assim decidiu por entender que a presente ação foi ajuizada somente em 28/11/2007, quando transcorridos mais de cinco anos da data dos alegados danos, não havendo que se falar em interrupção ou suspensão do prazo prescricional pela impetração de dois anteriores mandados de segurança pelo autor: um em 2004, para a inclusão de seu nome em relação de escalas para a prestação de serviço no exterior e, outro, em 2007, para manter a sua lotação originária.

Em seu recurso, sustenta o autor, em síntese, que o prazo prescricional teria sido interrompido quando ajuizara dois mandados de segurança, objetivando a anulação de atos administrativos dos quais decorreram os danos materiais e morais ora pleiteados.

Segundo o apelante, o direito de pleitear os danos em questão teve início com o reconhecimento, em um dos mandados de segurança (MS 2004.34.00.028220-7), de ser incluído na relação de escalas para prestação de serviço no exterior.

Dessa forma, entende que, tendo havido a citação válida no MS 2004.34.00.028220-7, julgado procedente, o qual teve por objeto os danos ora pleiteados, houve a interrupção da prescrição, nos termos do art. 219 do CPC.

No mérito, aduz que, em virtude da responsabilidade objetiva do Estado, a União tem o dever de indenizá-lo pelos danos sofridos.

Contrarrazões da União às fls. 324-336, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

A controvérsia instaurada nos autos diz respeito à pretensão do autor, Jacinto Pereira Teles, de receber indenização por danos materiais e morais referentes às viagens que deixou de fazer para o exterior, no interesse da Administração, na condição de agente de vigilância, por não ter sido incluído em suposto sistema de rodízio existente no Ministério das Relações Exteriores porque suposta perseguição de cunho político.

A r. sentença recorrida (fls. 311-313), por sua vez, entendeu que,

[...] se o alegado dano moral decorreu de atos de perseguição ao autor ocorridos em 22/04/1997 (quando fora designado pela última vez no sistema de rodízio entre agentes de vigilância para cumprir missão temporária na Argentina) e na revogação de sua designação para servir na embaixada brasileira em Lagos, na Nigéria, em 12/03/2001, está consumada a prescrição quinquenal, considerando

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira e o Exmo. Sr. Juiz Federal Waldemar Claudio de Carvalho (convocado).

a propositura da presente ação em 28/11/2007 (fls. 92 e 94) [...]. (grifos no original)

O apelante, por sua vez, alega que o prazo prescricional foi interrompido, por ter ajuizado dois anteriores mandados de segurança, objetivando a anulação de atos administrativos dos quais decorreram os danos materiais e morais ora pleiteados.

O art. 1º do Decreto 20.910/1932, ao tratar da prescrição quinquenal em ações ajuizadas contra a União, assim dispõe, *verbis*:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Ora, é sabido que a prescrição ocorre quando o titular do direito não exerce, no prazo legal, ação tendente a proteger seu direito, sendo a inércia o requisito essencial para que ocorra a prescrição.

Por outro lado, o art. 219 do Código de Processo Civil estabelece que a citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

No tocante à alegada interrupção do prazo prescricional pela impetração de mandado de segurança anterior, seu reconhecimento pressupõe que a questão controvertida no *writ* precedente tenha sido a mesma da presente ação de rito ordinário, o que, no caso dos autos, não se verificou.

Com efeito, da leitura das sentenças proferidas nos dois mandados de segurança impetrados pelo autor, observa-se que, no MS 2004.34.00.028220-7 (fls. 219-224), ele pretendia a concessão de ordem para determinar o seu livre trânsito em todo o MRE e o seu retorno para o posto de serviço de segurança localizado no *hall* do gabinete do ministro de Estado das Relações Exteriores, bem como a inclusão de seu nome em relação de escalas elaboradas pelo referido órgão para a prestação de serviços no exterior, enquanto que, no MS 2007.34.00.013238-6 (298-301), o apelante pretendia o seu imediato retorno à lotação originária, bem como fosse resguardado o direito de permanecer na sua lotação originária até 1 (um) ano após o final de seu mandato sindical.

O pedido formulado pelo autor nesta ação de rito ordinário, por sua vez, consiste em obter indenização por danos materiais e morais, referente às viagens que deixou de fazer

[...] em virtude das perseguições por ele sofridas, em 1999, quando deixou de ser indicado; em 2001, quando, embora indicado teve a indicação indeferida por estar respondendo a processos judiciais; e em 2003, pelo mesmo motivo [...] (fl. 8).

Assim postos os fatos, ao contrário do alegado pelo apelante, não se verifica qualquer identidade entre as questões controvertidas nas referidas demandas que pudesse interromper o prazo prescricional como pretendido. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados (cito):

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL FEDERAL. PRESCRIÇÃO.

1. Expira em um ano o prazo prescricional do direito de ação “contra qualquer ato relativo aos processos seletivos, realizados pela Academia Nacional de Polícia, para matrícula em curso de formação ou de treinamento profissional, a contar da data de sua publicação” (DL 2.320/87, art. 11).

2. Confirmada, pois, a prescrição do direito de ação do candidato a cargo da carreira da Polícia Federal que teve ciência de sua não-recomendação em exame psicotécnico em 02/06/2002 e apenas ajuizou a presente ação judicial em 10/03/2004. Precedentes do STJ e desta Corte.

3. A interrupção do prazo prescricional pela impetração anterior de mandado de segurança pressupõe a identidade da questão controvertida em ambas as demandas, o que, caso tivesse sido comprovado, ensejaria o prévio reconhecimento da coisa julgada material. (Grifo nosso)

4. Apelação do Autor desprovida.

(AC 0001712-58.2004.4.01.3803/MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, QUINTA TURMA, DJ p.151 de 09/11/2007)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. MANDADO DE SEGURANÇA. PRESTAÇÕES ANTERIORES À IMPETRAÇÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO. DUPLA INTERPOSIÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. PRESCRIÇÃO. CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE. IMPETRAÇÃO ANTERIOR. SÚMULA 85 DO STJ. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. (6)

1. A apelação interposta às fls. 259/270 não merece ser conhecida, em razão da sentença integrativa proferida posteriormente às fls. 279/281, restando interesse à recorrente no julgamento do recurso aviado às fls. 299/314, após intimação do julgamento proferido pela Magistrada a quo. 2. Não é aplicável a prescrição do Código Civil ao caso dos autos, em que se discute a cobrança de valores devidos a servidor público federal, em decorrência de relação com a Administração Pública, porque o

Código Civil faz referência a questões de natureza civil e privada, incompatíveis com as recebidas em relação de direito público.

3. A jurisprudência tem admitido a interrupção do prazo prescricional pela impetração do mandado de segurança quando a questão controvertida do writ é a mesma da ação ordinária, na qual se pretende a cobrança das parcelas referentes ao período que antecedeu aquela impetração.

4. Tratando-se de prestações de trato sucessivo, aplicável o disposto na Súmula 85 do STJ, restando prescritas somente as parcelas devidas anteriormente ao quinquênio que antecedeu a impetração.

5. Sendo concedido à falecida RAIMUNDA BRAGA DE LIMA, nos autos do Mandado de Segurança 8.376/DF (fls. 39/52), com trânsito em julgado em 23.08.2004 (fl. 40), o pagamento da Gratificação por Operações Especiais com efeitos financeiros desde a impetração, são devidas, nesta ação ordinária, as parcelas vencidas no quinquênio que antecedeu a impetração, por se tratar a decisão concessiva de título executivo para esta ação de cobrança.

6. Precedentes: EDEDMS 200502102975, LAURITA VAZ, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJE DATA: 16/10/2008; AGA 200601275004, LAURITA VAZ, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA: 18/12/2006 PG: 00484.

7. A correção monetária e os juros devem incidir na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

8. Os honorários são devidos no montante de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, em conformidade com o artigo 20, § 4º, do CPC, e a jurisprudência desta Corte.

9. Apelações e remessa oficial parcialmente providas.

(AMS 0014621-46.2005.4.01.3400/DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ÂNGELA CATÃO, PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 p.22 de 26/03/2014)

Caso houvesse identidade das questões controvertidas nos referidos mandados de segurança e na presente ação de rito ordinário, melhor sorte não socorreria ao apelante, uma vez que estaria evidente a ocorrência de coisa julgada material, o que ensejaria a extinção dos autos, porém, com fundamento diverso.

Considerando que o alegado dano moral teria decorrido de atos de perseguição política ao autor,

em 22/04/1997 (quando fora designado pela última vez no sistema de rodízio entre agentes de vigilância para cumprir missão temporária na Argentina) e na revogação de sua designação para servir na embaixada brasileira em Lagos, na Nigéria, em 12/03/2001, não merece reparos a r. sentença recorrida, que reconheceu consumada a prescrição quinquenal, considerando a data da propositura da presente ação, em 28/11/2007.

Ainda que não fosse reconhecida a prescrição, a alegação de dano material e moral não poderia prosperar, por diversos motivos. Senão vejamos.

Quanto ao dano material: (i) o ato de enviar servidores do Ministério das Relações Exteriores (MRE) para cumprir missões no exterior — que podem ser permanentes, transitórias ou eventuais, nos termos do art. 3º da Lei 5.809/1972 —, tem natureza eminentemente discricionária, de acordo com a conveniência, eficiência e oportunidade da Administração em determinar a mudança de lotação de seus servidores, insuscetível de controle judicial; (ii) não ficou provado nos autos a existência do suposto sistema de rodízio entre os agentes de vigilância do MRE.

Quanto ao dano moral, ele não ficou devidamente provado (CPC, art. 333, I). Os inconvenientes supostamente sofridos pelo autor decorrentes do fato de não ter sido eventualmente escolhido para integrar determinada missão no exterior é consequência natural do seu próprio cargo, que não integra a carreira própria para realizar serviço no exterior, mas, sim, do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo (agente de vigilância).

Ademais, como admitido pelo próprio apelante, as viagens que supostamente deixou de fazer para o exterior, se o fossem, seriam no *interesse da Administração* (fl. 12) e não do servidor.

Tudo considerado, *nego provimento* à apelação do autor.

É como voto.

Quinta Turma

Numeração única: 0001072-59.1993.4.01.3700

Apelação Cível 93.00.01187-1/MA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira
Apelante: Estado do Maranhão
Procurador: Dr. Carlos Santana Lopres
Apelante: Construtora OAS Ltda.
Advogados: Dr. Pedro Américo Dias Vieira e outros
Apelado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Apelado: Ministério Público Federal
Procuradora: Dra. Ana Karízia Távora Teixeira Nogueira
Publicação: e-DJF1 de 1º/02/2016, p. 564

Ementa

Sítio Santa Eulália, situado na zona urbana de São Luís/MA. Devastação com a finalidade de construção de conjunto residencial. Licença ilegalmente expedida pela Secretaria Estadual de Meio Ambiente. Desatendimento, além de tudo, das respectivas condicionantes. Responsabilidade objetiva do Estado do Maranhão e da construtora OAS Ltda., contratada para a obra. Sentença condenatória à recuperação ambiental. Apelações. Negativa de provimento.

I. Trata-se de ação civil pública intentada pelo Ministério Público Federal contra o Estado do Maranhão, Ipem – Instituto de Previdência do Estado do Maranhão e Construtora OAS Ltda. com a finalidade de “condená-los à reparação do dano causado, mediante total recuperação ambiental do Sítio Santa Eulália”.

II. Na sentença, foi julgado “procedente o pedido, com fundamento no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, para condenar solidariamente o Estado do Maranhão e a Construtora OAS Ltda., em obrigação de fazer (CPC, art. 461) consistente na recuperação integral das áreas de preservação permanente existentes no sítio Santa Eulália, delimitadas pela existência de nascentes, cursos d’água e sua vegetação ciliar, incluindo manguezais, devendo ser restauradas as nascentes aterradas, revitalizando-se os cursos d’água e procedendo-se ao reflorestamento da respectiva vegetação protetora, sob supervisão técnica do Ibama”. Acrescentou-se: “Considerando a dimensão da área a ser recuperada, assinalo o prazo de 01 (um) ano para execução da atividade de restauração ambiental, a contar do trânsito em julgado, após o qual os réus devem apresentar laudo, atestado pelo Ibama, que identifique as medidas de recuperação efetivamente implementadas e idôneas à restauração da área de preservação permanente, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) em caso de descumprimento, devida a partir da expiração do aludido prazo, conforme autoriza o art. 461, §§ 4º e 5º do CPC”.

III. A preliminar de ilegitimidade passiva, sustentada pela Construtora OAS Ltda. — alegação de irresponsabilidade pelo dano ambiental, uma vez que executou a obra mediante contrato com o Estado do Maranhão —, confunde-se com o mérito.

IV. A reiterada alegação de nulidade da prova pericial, sem outras objeções, foi adequadamente respondida pela sentença: “Tal vício foi constatado pela certidão de fls. 402 e prontamente sanado pelo despacho de fls. 403, o qual foi publicado pela imprensa oficial conforme certidão de fls. 404-v. Destarte, a ré foi devidamente intimada de tal decisão, mediante publicação na imprensa oficial, nos termos do art. 236 do CPC. No que tange ao despacho de fls. 410, que determinou a data de início da perícia, efetivamente não houve a intimação da construtora OAS. Frise-se, no entanto, que o despacho foi prolatado em 31/01/2001, ou seja, antes da inserção no CPC do art. 431-A, pela Lei 10.358 de 27/12/2001, que prevê a cientificação das partes acerca do início da perícia. Demais disso, não se há falar em prejuízo pela falta desta específica intimação, posto que sua finalidade exclusiva consiste em permitir que os assistentes técnicos das partes possam acompanhar as diligências do vistor oficial. Ora, a construtora OAS não indicou assistente técnico, nem apresentou quesitos, no prazo preconizado pelo art. 421, § 1º, inciso I, do

CPC, embora regularmente intimada conforme acima mencionado. Assim, se não possuía assistente técnico, sua insurgência contra o fato de não ter sido intimada do início dos trabalhos periciais perde relevo, visto que não lhe acarretou qualquer prejuízo. [...] Ademais, houve preclusão, eis que a Construtora OAS, embora tenha participado da audiência de instrução e julgamento destinada, inclusive, à prestação de esclarecimentos pelo perito, nada alegou, conforme se antevê na assentada de fls. 453, rendendo ensejo à incidência do art. 245 do CPC”. Por outro lado, não teria utilidade a renovação da prova depois de mais de duas décadas do fato.

V. De acordo com o art. 3º da Lei 6.938/1981, poluição é a degradação da qualidade ambiental resultante direta ou indiretamente de certas atividades; poluidor é a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

VI. Além disso, a consideração de que a prova do liame causal do dano ao meio ambiente é extremamente difícil (“os efeitos da poluição geralmente são difusos; procedem, não raro, de reações múltiplas, de muitas fontes”) atenuar-se ou inverte-se o respectivo ônus, que em princípio estaria a cargo da vítima, bastando a presença do potencial prejuízo ecológico decorrente de determinada atividade para que se estabeleça a presunção de responsabilidade do agente, a quem sequer aproveitam as clássicas excludentes da responsabilidade civil (José Afonso da Silva).

VII. A licença ambiental expedida pelo próprio Estado do Maranhão é inválida, além de não terem sido atendidas as exigências nela estabelecidas.

VIII. Negado provimento às apelações e à remessa oficial.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento às apelações e à remessa oficial.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 20/01/2016.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Trata-se de ação civil pública intentada pelo Ministério Público Federal contra o Estado do Maranhão, Ipem – Instituto de Previdência do Estado do Maranhão e Construtora OAS Ltda. com a finalidade de “condená-los à reparação do dano causado, mediante total recuperação ambiental do Sítio Santa Eulália”.

Na sentença, de fls. 538-550, foi julgado “procedente o pedido, com fundamento no art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81, para condenar solidariamente o Estado do Maranhão e a Construtora OAS Ltda, em obrigação de fazer (CPC, art. 461) consistente na recuperação integral das áreas de preservação permanente existentes no sítio Santa Eulália, delimitadas pela existência de nascentes, cursos d’água e sua vegetação ciliar, incluindo manguezais, devendo ser restauradas as nascentes aterradas, revitalizando-se os cursos d’água e procedendo-se ao reflorestamento da respectiva vegetação protetora, sob supervisão técnica do Ibama”. Acrescentou o juiz sentenciante: “Considerando a dimensão da área a ser recuperada, assinalo o prazo de 01 (um) ano para

execução da atividade de restauração ambiental, a contar do trânsito em julgado, após o qual os réus devem apresentar laudo, atestado pelo Ibama, que identifique as medidas de recuperação efetivamente implementadas e idôneas à restauração da área de preservação permanente, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) em caso de descumprimento, devida a partir da expiração do aludido prazo, conforme autoriza o art. 461, §§ 4º e 5º do CPC”.

Apelação do Estado do Maranhão: a) “a área objeto do litígio não sofreu devastação desproporcional a ensejar dano ambiental, vez que obedeceu os regramentos insertos na legislação pertinente, bem como iniciou a obra com a autorização do Órgão competente”; b) “a área objeto do litígio não se encontra incluída entre aquelas merecedoras de proteção ambiental”; c) “se não fosse passiva (sic) de construção a área, evidente que não seria expedido por parte do Órgão competente o licenciamento para o empreendedor edificar a obra para qual se destina”; d) “acaso admitíssemos fosse a área do Sítio Santa Eulália área de preservação permanente, ainda assim, não há como prosperar a ação, pois que, também, é cabível

a retirada de vegetação em área de preservação permanente situada em área urbana, desde que autorizada por Órgão ambiental competente, o que, *in casu*, ocorreu, vez que obteve o Estado do Maranhão o devido licenciamento para a obra”; e) “o plano diretor da cidade de São Luís prevê a construção na área objeto da demanda”.

Apelação da Construtora OAS Ltda.: a) “absoluta nulidade da perícia técnica produzida nos autos, na medida em que não possui nenhuma força probante em relação à Apelante, que restou totalmente posta de lado quando de sua produção, não tendo sido a ela dirigido nenhum ato de intimação, fosse para nomeação de assistente técnico, fosse para o oferecimento de quesitos, fosse para ter ciência do dia e hora do início dos trabalhos periciais”; b) “a Apelante afirmou e demonstrou que ‘apenas executou os trabalhos, tidos como degradadores do meio ambiente, fazendo-o sob contrato público, portanto de obra pública, donde se há de presumir, que cercada de todas as cautelas exigidas para a validade dos atos públicos’, constatando que ‘quaisquer danos acaso decorrentes da execução dessa obra, são de responsabilidade da Administração Pública, quer pela ação, quer pela omissão’”; c) “a Apelante asseverou que ‘apenas exerceu seu mister, dentro do conteúdo contratado, verificando as condições do terreno e o objetivo da obra assinalada, não podendo, por esta via, ser apontada como co-responsável pela dita degradação ambiental, uma vez que apenas agiu, e o fez corretamente, dentro dos lindes normativos, obedecendo, mormente, aos termos constantes na licença que autorizou a realização das obras em menção’”; d) “não restou configurado, ..., que tal solidariedade implicaria no resultado cominatório, logo obrigacional, da demanda, mormente que as condutas não foram especificadas, tampouco individualizadas”; e) “se para a Administração Pública a responsabilidade seria objetiva, para o particular, legalmente contratado para desempenhar determinada atividade lícita, autorizado pelo próprio Poder Público a assim proceder, ou seja, permitido a agir por quem tem o dever legal de fiscalizar, a responsabilidade apenas decorreria da análise de culpa ou dolo, no caso de erro, excesso, negligência, imprudência ou imperícia da atividade para a qual fora contratado”; f) há ilegitimidade passiva da Apelante; g) “o terreno em questão se encontra incrustado numa zona totalmente urbanizada, em que a própria criação da Avenida lindeira já haveria despejado, ao longo dos anos, todo um processo de degradação”; h) “o dispositivo cominatório sentencial albergou a necessidade de revigoramento ambiental

de toda a área, muito embora a própria perícia tenha delimitado que somente parte dela teria sido afetada”; i) “a prova pericial, muito embora nula, deixou irrefutavelmente claro que a ação antrópica no local já derivaria de muitos anos (de quem seria a culpa?) muito antes de qualquer intervenção por parte dos Réus nesta demanda”; j) a sentença ignorou a função social da propriedade; l) “o Sítio Santa Eulália hoje é objeto de invasões, enquanto se processa a presente demanda, ao que poderia ter se transformado num grande parque ecológico urbano”.

Contrarrazões do Ministério Público Federal: a) “comprovada a publicação da decisão saneatória no Diário Oficial (certidão de fl. 403), não há que se falar em ausência de intimação da Construtora OAS Ltda, o que atesta a regularidade processual do ato”; b) “à empresa recorrente foi dada oportunidade de participar efetivamente de todos os atos de produção de prova, tais como vista sobre o laudo pericial produzido (vide despacho de fl. 426), possibilidade de especificar provas (despacho de fl. 439), tendo ainda participado da audiência de instrução e julgamento, contudo nada alegou”; c) “a demonstração de prejuízo deve ser revelada mediante exposição detalhada do vício e de sua repercussão, tudo com base em elementos concretos, devidamente comprovados”; d) “a prova do cometimento da ação danosa ao meio ambiente se apresenta de forma robusta através das afirmações constantes no laudo pericial acostado às fls. 419-428, o qual constatou que a área denominada Sítio Santa Eulália sofreu uma completa degradação ambiental”; e) “a área do Sítio Santa Eulália é considerada área de preservação permanente, haja vista a vegetação ali encontrada, a existência de nascente d’água, manguezal e os córregos que sustentavam, inclusive, a fauna então existente”; f) “é irrelevante o argumento lançado pelo Estado do Maranhão de que a supressão da área operou-se sob o amparo de licença ambiental, visto que não se encontra implícito em um ato administrativo, qualquer que seja, a licença para poluir”; g) “não houve autorização do Ibama para a promoção do notável desmatamento da área de preservação permanente, conforme revela o laudo (sic) de infração de fls. 15-19, lavrado por aquele órgão”; h) “o poluidor responde em razão do risco da atividade potencialmente poluidora que desempenha”; i) não há como questionar a autoria dos danos, “uma vez que ficou bem configurada a participação dos réus, ora apelantes, na ação danosa ao meio ambiente. O Estado do Maranhão, pelo fato de ter idealizado o projeto e promovido a contratação da empresa. A Construtora OAS Ltda., porque executou o projeto praticando

os atos materiais de lesão ao meio ambiente”; i) “a recuperação integral da área se faz necessária, uma vez que fora cabalmente demonstrado no decorrer da instrução processual a amplitude do dano. Ao contrário do alegado pela empresa apelada, não foram só 20 hectares (20.000m²) de manguezais que foram afetados com a conduta danosa dos réus, e, sim, toda área de preservação permanente do Sítio Santa Eulália que inclui nascentes, cursos d’água e vegetação, num total de 100 ha.”; j) “nada obsta que após o decurso do prazo fixado na sentença para a execução da atividade de restauração ambiental, caso venha a constatar-se a impossibilidade de cumprimento do suso comando judicial, poderá ocorrer a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos (art. 461, § 1º, e 644 do CPC), a pedido do Ministério Público, ou se restarem sem valia as medidas previstas no art. 461, § 5º, do CPC”.

Contrarrazões genéricas do Ibama (assistente do MPF).

Neste Tribunal, o Ministério Público Federal é de opinião que as apelações não merecem provimento.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — A preliminar de ilegitimidade passiva, sustentada pela Construtora OAS Ltda. — alegação de irresponsabilidade pelo dano ambiental, uma vez que executou a obra mediante contrato com o Estado do Maranhão —, confunde-se com o mérito.

A reiterada alegação de nulidade da prova pericial, sem outras objeções, foi adequadamente respondida pela sentença: “Tal vício foi constatado pela certidão de fls. 402 e prontamente sanado pelo despacho de fls. 403, o qual foi publicado pela imprensa oficial conforme certidão de fls. 404-v. Destarte, a ré foi devidamente intimada de tal decisão, mediante publicação na imprensa oficial, nos termos do art. 236 do CPC. No que tange ao despacho de fls. 410, que determinou a data de início da perícia, efetivamente não houve a intimação da construtora OAS. Frise-se, no entanto, que o despacho foi prolatado em 31/01/2001, ou seja, antes da inserção no CPC do art. 431-A, pela Lei 10.358 de 27/12/2001, que prevê a cientificação das partes acerca do início da perícia. Demais disso, não se há falar em prejuízo pela falta desta específica intimação, posto que sua finalidade exclusiva consiste

em permitir que os assistentes técnicos das partes possam acompanhar as diligências do vistor oficial. Ora, a construtora OAS não indicou assistente técnico, nem apresentou quesitos, no prazo preconizado pelo art. 421, § 1º, inc. I do CPC, embora regularmente intimada conforme acima mencionado. Assim, se não possuía assistente técnico, sua insurgência contra o fato de não ter sido intimada do início dos trabalhos periciais perde relevância, visto que não lhe acarretou qualquer prejuízo. ... Ademais, houve preclusão, eis que a Construtora OAS, embora tenha participado da audiência de instrução e julgamento destinada, inclusive, à prestação de esclarecimentos pelo perito, nada alegou, conforme se antevê na assentada de fls. 453, rendendo ensejo à incidência do art. 245 do CPC”.

Além disso, não teria utilidade a renovação da prova depois de mais de duas décadas do fato.

De acordo com o art. 3º da Lei 6.938/1981, poluição é a degradação da qualidade ambiental resultante direta ou indiretamente de certas atividades; poluidor é a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Além disso, a consideração de que a prova do liame causal do dano ao meio ambiente é extremamente difícil (“os efeitos da poluição geralmente são difusos; procedem, não raro, de reações múltiplas, de muitas fontes”) atenua-se ou inverte-se o respectivo ônus, que em princípio estaria a cargo da vítima, bastando a presença do potencial prejuízo ecológico decorrente de determinada atividade para que se estabeleça a presunção de responsabilidade do agente, a quem sequer aproveitam as clássicas excludentes da responsabilidade civil.¹

A licença ambiental expedida pelo próprio Estado do Maranhão é inválida, além de não terem sido atendidas as exigências nela estabelecidas, conforme consta às fls. 280-281.

Desta forma, não procedem as demais alegações dos apelantes.

Nego provimento às apelações e à remessa oficial.

É como voto.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado).

¹ Cf. Silva, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 312-313.

Sexta Turma

Apelação Cível 0046329-07.2011.4.01.3400/DF

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)
Apelante: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT
Advogados: Dr. Hebert Barros Bezerra e outros
Apelado: Davi Monteiro de Freitas
Advogados: Dr. Renato Borges Rezende e outros
Publicação: e-DJF1 de 21/01/2016, p. 1.933

Ementa

Administrativo. Concurso público. Mandado de segurança. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Candidato considerado inapto em exame admissional. Contratação para o exercício do cargo de agente de correios. Sentença mantida. Penalidade de litigância de má-fé e multa por embargos de declaração protelatórios a que se afasta. Recurso da ECT e remessa oficial, tida por interposta, parcialmente providos.

I. Demonstrado nos autos que o recorrido foi efetivamente contratado para exercer o cargo público de agente de correios, em cumprimento à ordem judicial de natureza liminar, posteriormente confirmada por sentença de mérito, tal situação deve ser mantida até o trânsito em julgado do *decisum*, para que não haja prejuízo na continuidade da prestação do serviço público.

II. Revela-se ilegal o ato da autoridade pública que eliminou candidato ao cargo de atendente comercial por ser portador de megapófise transversa se não houver demonstração da inaptidão atual para o desempenho de suas atribuições. Sentença confirmada.

III. A multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC somente é cabível quando evidente o abuso praticado pela parte, o que não ficou demonstrado na espécie, devendo, também, ser afastada a penalidade por litigância de má-fé.

IV. Apelação da ECT e remessa oficial, tida por interposta, parcialmente providas.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 11/01/2016.

Juíza Federal *Hind Ghassan Kayath*, relatora convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath:
— Trata-se de recurso de apelação (fls. 262-273) interposto pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) em face de sentença que concedeu a segurança para garantir ao candidato ao cargo de agente de correios (atendente comercial) o direito de ser contratado, afastando o óbice de inaptidão física oposto pela Administração.

O magistrado de 1º grau concluiu, com base em Atestado de Saúde Ocupacional, que o autor se encontra apto para o exercício do cargo, conforme declarado pelo perito oficial, razão pela qual garantiu

a inclusão do interessado na lista de aprovados, assim como sua imediata contratação (fls. 230-235).

Em suas razões, a ECT sustenta que a exclusão do candidato se deu em perfeita sincronia com o edital e com o Manual de Pessoal (Manpes), o qual faz menção exatamente ao quadro apresentado, apontando-o como critério de inaptidão.

Salienta que os critérios de eliminação não são aleatórios, ao contrário, objetivam impedir que pessoas portadoras de enfermidades venham a agravar a moléstia com o exercício de atividades incompatíveis.

Aduz a necessidade de serem observadas as regras constantes do edital e, ao final, requer seja afastada a multa imposta, sob o argumento de que os

embargos de declaração foram opostos com o intuito de aclarar dúvidas remanescentes.

Sem contrarrazões (fl. 283).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso de apelação (fls. 292-294).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath: — Ao que consta dos autos, o demandante Davi Monteiro de Freitas pretende ver reconhecida sua higidez física para desempenhar a função de atendente comercial.

A análise dos autos revela que o candidato, ora recorrido, ao ser submetido a exame médico realizado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), para admissão, apresentou quadro compatível com megapófise transversa, razão por que foi considerado inapto para o exercício laboral na aludida função (fl. 91).

Em cumprimento à ordem judicial de natureza liminar, o interessado foi contratado para exercer o cargo no qual logrou aprovação (fls. 172-173 e 200).

É certo que o Edital 11/2011, Item 4.6, estabeleceu a necessidade de o candidato ter “aptidão física e mental para o exercício das atribuições do emprego público” (fl. 28). A recorrente afirma que o Manpes elegeu a presença de megapófise transversa como um dos critérios de inaptidão.

Ocorre que, no caso, há peculiaridade que deve ser levada em consideração. Em cumprimento à ordem judicial o recorrido foi efetivamente contratado para exercer o cargo público, para o qual concorreu, situação que deve ser mantida até o trânsito em julgado do *decisum*, para que não haja prejuízo na continuidade da prestação do serviço público.

Confira-se, a propósito, o julgamento a seguir transcrito:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL.
CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA
FEDERAL. AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA. PERFIL

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian e Kassio Marques.

PROFISSIONÁRIO. CURSO DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL. PARTICIPAÇÃO, COM ÊXITO, POR FORÇA DE ORDEM JUDICIAL. NOMEAÇÃO E POSSE. SENTENÇA SUBMETIDA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIO, QUE SE MANTÉM.

1. A exigência de exame de avaliação psicológica em concurso público para ingresso na carreira policial é legítima, consoante jurisprudência consolidada na Súmula 239 do extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR).

2. A matéria tem sido reiteradamente decidida neste Tribunal, prevalecendo o entendimento que condiciona o prosseguimento no concurso à realização de novo exame, sem a exigência de determinado perfil profissionográfico, de caráter sigiloso.

3. No caso, o autor logrou participar, com êxito, do Curso de Formação Profissional, superando o óbice da “não recomendação” na avaliação psicológica, sendo certo que já se encontra no exercício das funções do cargo, por força de ordem judicial, situação que deve ser mantida até o trânsito em julgado do *decisum*, para que não haja prejuízo na continuidade da prestação do serviço público.

4. Remessa oficial desprovida.

(REOMS n. 0006169-47.2005.4.01.3400/DF – Relator Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – e-DJF1 de 13.01.2015, p. 236)

Por outro lado, o Atestado de Saúde Ocupacional reconhece não haver qualquer risco ocupacional, demonstrando, assim, apesar do candidato ser portador de “megapófise transversa”, inexistir inaptidão atual para o desempenho de suas atribuições no cargo de atendente comercial.

Ademais, o Agravo de Instrumento 0054198-36.2011.4.01.0000/DF (fls. 201-218), interposto pela ECT da decisão que deferiu a liminar, perdeu o objeto por força da prolação da sentença de mérito (fl. 251).

Por fim, afasta-se a incidência da multa prevista no art. 538 do CPC e da penalidade por litigância de má-fé, porque não caracterizado o evidente abuso praticado pela parte demandada.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta, apenas para afastar a aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC e a sanção por litigância de má-fé.

É o meu voto.

Sexta Turma

Apelação Cível 0007727-06.2010.4.01.4200/RR

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Apelante: Leandro Vieira Pinto
Defensora: Defensoria Pública da União – DPU
Apelada: União Federal
Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
Publicação: e-DJF1 de 12/02/2016, p. 1.592

Ementa

Constitucional e Administrativo. Concurso público. Candidato condenado a pena privativa de liberdade. Beneficiário de livramento condicional. Autorização para o trabalho. Aprovado para auxiliar de indigenismo pela Funai. Princípio da dignidade da pessoa humana e razoabilidade. Afastamento do requisito de quitação com as obrigações eleitorais. Peculiaridade do caso concreto. Ressocialização. Sentença reformada.

I. É entendimento do E. STF “A Lei de Execução Penal é de ser interpretada com os olhos postos em seu art. 1º. Artigo que institui a lógica da prevalência de mecanismos de reinclusão social (e não de exclusão do sujeito apenado) no exame dos direitos e deveres dos sentenciados. Isso para favorecer, sempre que possível, a redução de distância entre a população intramuros penitenciários e a comunidade extramuros. (HC 99652 / RS - Rio Grande do Sul – *Habeas Corpus* - Relator(a): Min. Carlos Britto)”.

II. Hipótese dos autos em que foi concedido o benefício do livramento condicional ao condenado em razão de ter sido aprovado em concurso público para o cargo de auxiliar de indigenismo na Funai cuja nomeação e posse foi indeferida, em razão da necessidade de quitação com as obrigações eleitorais, conforme o art. 5º, inciso III, da Lei 8.112/1990.

III. Diante do dever do Estado em proporcionar meios para a ressocialização do apenado por meio do trabalho honesto, não se deve excluir a Administração Pública de tal missão quando o condenado regularmente logra aprovação em concursos públicos e cumpre os demais requisitos para o trabalho.

IV. A responsabilidade pela ressocialização dos presidiários também se estende à Administração Pública, que não poderá opor o impedimento da quitação com as obrigações eleitorais, ao candidato aprovado e convocado. Trata-se de obrigação imposta não apenas pela LEP, mas pelo próprio princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

V. Apelação do autor a que se dá provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 1º/02/2016.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:
— Trata-se de apelação interposta por Leandro Vieira Pinto, em face da sentença de fls. 96-101, da lavra do MM. Juiz Federal da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Roraima que considerou improcedentes os pedidos em face da Funai, no qual objetivava a nomeação

e posse para o cargo de auxiliar de indigenismo nos quadros da ré, a qual foi negada por não ter preenchido o requisito no art. 5º, II, qual seja, o gozo de direitos políticos, tendo em vista estarem suspeitos em razão de condenação criminal, ainda que concedido o livramento condicional.

2. Consignou o magistrado que inexistia ilegalidade na recusa da Funai por não estar quite o

autor com a Justiça Eleitoral em razão da suspensão dos direitos políticos.

3. O autor se insurge (fls. 105-121) demonstrando sua dedicação a mudar de vida e sair do mundo do crime, tendo logrado aprovação na Universidade Federal de Roraima para o curso de Direito e sua dedicação aos concursos públicos, logrando aprovação para auxiliar de indigenismo. Aduz a relativização da vinculação ao instrumento convocatório diante do princípio da razoabilidade diante da necessidade de ressocialização do indivíduo e do acesso ao emprego, assim como do princípio da dignidade da pessoa humana. Informa que a Lei de Execução Penal enfatiza que o Estado tem o dever de auxiliar no retorno à convivência em sociedade, sendo incoerente a recusa ao trabalho honesto do autor.

4. Contrarrazões da União (fls. 124-131).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Trata-se a questão posta aos autos do louvável esforço do autor que, embora condenado definitivamente a 15 anos de prisão pelo cometimento dos crimes capitulados no art. 12, *caput*, da Lei 6.368/1976 (revogada pela atual Lei de Tóxicos, 11.343/2006), logrou aprovação para o cargo de auxiliar de indigenismo na 7ª colocação. Todavia, sua nomeação e posse foram indeferidas por não estar no gozo de seus direitos políticos, ainda que em livramento condicional, exigência positivada no art. 5º da Lei 8.112/1990.

2. Com efeito, o autor possui história de conquistas digna de elogios, pois, mesmo diante das dificuldades oriundas do sistema prisional e do próprio passado criminoso, almejou outros horizontes e, assim, foi aprovado para o curso de Direito da Universidade Estadual de Roraima. Neste trilhar, foi aprovado em vários processos seletivos para estágios na Administração Pública.

3. Ao ser aprovado para o cargo pleiteado, foi deferido pela Vara de Execuções Penais da localidade o livramento condicional requerido, por cumprir as condições objetivas e subjetivas necessárias ao benefício.

4. O sistema penal brasileiro positivou a teoria mista ou eclética da função social da pena, na qual se busca simultaneamente retribuir o mal causado pelo

condenado aplicando-lhe a sanção penal, mas também visando à ressocialização deste indivíduo. Segundo Júlio Fabbrini Mirabete (p. 7).

Para as teorias mistas (ecléticas ou intermediárias), a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade não é simplesmente prevenção, mas um misto de educação e correção.

5. Conquanto esta aceção compreenda vasta gama de teorias, é pacífico que esta foi a opção do legislador pátrio, conforme o art. 1º da Lei de Execuções Penais.

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

6. Com o fim de alcançar a esta finalidade ressocializadora que a Lei de Execuções Penais (LEP) buscou oferecer mecanismos para, paulatinamente, reinserir o preso ao convívio social, criando-lhe condições por meio das quais possa resolver os conflitos próprios da vida sem recorrer ao caminho do delito. O próprio legislador consignou nos arts. 10 e 11 da LEP como dever do Estado esta recuperação.

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.

7. O E. STF, além das demais cortes nacionais, vem caminhando no sentido de garantir ao condenado os meios próprios para a reinserção social, sendo este o norte interpretativo a orientar o julgador.

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. SUSPENSÃO. PRÁTICA DE NOVO CRIME DURANTE O PERÍODO DE PROVA. ABSOLVIÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. RESTABELECIMENTO DA LIBERDADE CONDICIONAL.

1. Para maior respeito à finalidade reeducativa da pena, o livramento condicional constitui a última etapa da execução penal, timbrada, esta, pela ideia central da liberdade responsável do condenado, de modo a permitir-lhe melhores condições de reinserção social. 2. A Lei de Execução Penal é de ser interpretada com os olhos postos em seu art.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques e a Exma. Sra. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada).

1º. Artigo que institui a lógica da prevalência de mecanismos de reinclusão social (e não de exclusão do sujeito apenado) no exame dos direitos e deveres dos sentenciados. Isso para favorecer, sempre que possível, a redução de distância entre a população intramuros penitenciários e a comunidade extramuros. 3. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). A reintegração social dos apenados é, justamente, pontual densificação de ambos os fundamentos constitucionais. 4. No caso, o livramento condicional do paciente foi suspenso, sob o fundamento da acusação de prática de crime doloso no curso do período de prova. Inrepação da qual o paciente foi absolvido por sentença transitada em julgado. 5. Ordem concedida para restabelecer o livramento condicional.

8. Na mesma trilha de se buscar a máxima efetividade constitucional encontram-se decisões que, diante do dever do Estado em proporcionar meios para a ressocialização do apenado por meio do trabalho, não excluem a Administração Pública de tal missão quando o condenado regularmente logra aprovação em concursos públicos. Veja-se o seguinte informativo do TJDFT.

Ao apreciar “habeas corpus” impetrado por réu preso contra ato praticado pelo Juízo da VEP, com o objetivo de sair do estabelecimento prisional a fim de se submeter à entrevista de admissão e providenciar documentos necessários para a posse em cargo público, a Turma concedeu a ordem. Segundo a Relatoria, o paciente, embora condenado a mais de trinta anos de prisão em regime fechado pela prática dos crimes de falsa identidade e latrocínio, conseguiu aprovação em concurso público para o cargo de técnico judiciário do Supremo Tribunal Federal. Para a Magistrada, a saída do presídio para essa finalidade, mediante escolta, não causará substancial alteração na rotina prisional do impetrante. Além disso, ponderou a Julgadora que eventual acesso a cargo público contribuirá para a reinserção do condenado na sociedade, fato que atende aos princípios da dignidade da pessoa humana e humanização da pena. Nesse sentido, a Turma asseverou que a execução da pena tem por escopo legal, simultaneamente, promover o cumprimento da sanção estabelecida em decisão criminal e, em face dos primados constitucionais, fomentar a reintrodução do apenado no meio social, segundo se infere do art. 1º da LEP. Com efeito, a Desembargadora destacou ser essa interpretação a que mais se aproxima dos conceitos de cidadania e dignidade da pessoa humana preconizados como fundamentos insculpidos na Constituição Federal (arts. 1º, II e III), conforme entendimento do STF manifestado no julgamento do HC 99652/RS. Assim, o Colegiado concedeu o “habeas corpus” para permitir a saída extraordinária do paciente, mediante escolta de agentes penitenciários, a fim

de providenciar a documentação necessária para a posse no cargo público.

20100020177266HBC, Relª. Desa. Convocada LEILA ARLANCH. Data do Julgamento 17/11/2010.

9. Com efeito, o trabalho é considerado necessário para a concessão do livramento condicional, conforme exigido pela LEP, além de ser encorajado por outros mecanismos, como a remissão penal, com o fim tanto de estimular o preso como o de lhe fornecer um caminho para a reinserção social.

10. Se de um lado há dificuldades materiais para que o Estado efetivamente dê cumprimento a este dever, de outro não deve impor-lhe óbices quando, como no caso em comento, o autor o consegue por seus próprios meios e foi autorizado ao trabalho pela legislação penal, em nítida demonstração de intenções de abandonar a vida criminosa. Afinal, se o trabalho no setor privado ressocializa alguém, igualmente o fará o realizado nos quadros da Administração Pública caso o apenado seja aprovado em concurso público.

11. Como bem pontuado pelo apelante:

Como pode o Estado-Juiz conceder o benefício do Livramento Condicional, baseado no fato de que o preso demonstra aptidão para desenvolvimento de trabalho honesto, tendo sido aprovado em Concurso Público, e o Estado-Administração, negar-lhe oportunidade tão decisiva em seu destino como ser humano?

12. Neste sentido, não se mostra razoável opor ao autor o impedimento do art. 5º da Lei 8.112/1990, a saber, a quitação com as obrigações eleitorais, quando tal ato tem por consequência excluir da Administração Pública sua responsabilidade com a ressocialização dos presidiários, obrigação imposta não apenas pela LEP, mas pelo próprio princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

13. Assim, na trilha dos julgados transcritos e tendo em vista a peculiaridade do caso ora examinado, afasto o requisito constante no inciso III, art. 5º da Lei 8.112/1990 apenas quanto à obrigação eleitoral e determino a nomeação e posse do autor para o cargo de auxiliar de indigenismo na Funai, caso tal óbice tenha sido o único a impedir sua nomeação e posse.

Pelo exposto, dou provimento à apelação e afasto o requisito constante no inciso III, art. 5º da Lei 8.112/1990 apenas quanto à obrigação eleitoral e determino a nomeação e posse do autor para o cargo de auxiliar de indigenismo na Funai, caso tal óbice tenha sido o único a impedir sua nomeação e posse.

É como voto.

Sétima Turma

Apelação/Reexame Necessário 0003663-36.2012.4.01.3600/MT

Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses
 Apelante: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Mato Grosso – OAB/MT
 Advogado: Dr. Marcondes Rai Novack
 Apelado: Adilson Luiz Esteves Silva
 Advogada: Dra. Cíntia Arbués Nery da Silva
 Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara – MT
 Publicação: e-DJF1 de 15/01/2016, p. 633

Ementa

Constitucional. Administrativo. Ordem dos Advogados do Brasil. Inscrição. Incidente de inidoneidade moral. Existência de ação penal em curso. Violação ao princípio da presunção da inocência (Art. 5º, LVII, da Constituição Federal).

I. Não havendo trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não é possível à Ordem dos Advogados do Brasil indeferir ou adiar o pedido de inscrição profissional, a pretexto de julgamento de incidente de inidoneidade moral, sob pena de violação ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

II. Com efeito, “a ausência de condenação criminal transitada em julgado impede a OAB de indeferir a inscrição definitiva de advogado, sob a alegação de instauração de incidente de inidoneidade, ante o prestígio ao princípio constitucional da presunção de inocência.” (AMS 2007.72.00.008976-0/SC, rel. Desembargador Federal Edgard Antônio Lippmann Júnior, TRF 4ª Região, Quarta Turma, unânime, D.E. 09/06/2008) e “por óbvio, vindo a ser confirmada a condenação, poderá a OAB/RJ cassar o registro profissional do impetrante, mantendo a integridade moral da entidade.” (AC 2008.51.01.006948-0/RJ, rel. Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, TRF 2ª Região, Sexta Turma Especializada, unânime, DJU 19/05/2009, p. 105.) (TRF 1ª Região, AC 0024928-47.2010.4.01.3800/MG, rel. Desembargador Federal Catão Alves, 31/10/2012, e-DJF1, p. 1.540.)

III. Apelação e remessa oficial não providas. Sentença confirmada.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 06/10/2015.

Desembargador Federal *Hercules Fajoses*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Hercules Fajoses*: — Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Mato Grosso contra sentença que concedeu a segurança

[...] para determinar à autoridade impetrada que proceda a inscrição definitiva do impetrante nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional de Mato Grosso, entregando-lhe a carteira profissional e o cartão de identidade profissional [...].

O juiz sentenciante concluiu que:

[...] restou comprovado que o impetrante de fato não possui nenhuma ação penal condenatória com trânsito em julgado, o que impede a OAB de indeferir sua inscrição definitiva com base na ausência de idoneidade moral pelas ações acima mencionadas [...] (fl. 262).

Em seu recurso (fls. 273-280), a apelante assevera que, na verdade, não houve o indeferimento do pedido de inscrição do apelado, pois foi suscitado incidente de inidoneidade moral.

Contrarrazões às fls. 336 e seguintes.

O Ministério Público Federal absteve-se de se manifestar sobre a lide (fls. 433-434).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hercules Fajoses: — A apelante esclarece, em seu recurso, que o ato coator deriva do fato de ter sido suscitado incidente de inidoneidade moral no processo de inscrição do apelado. Confira-se o seguinte trecho da apelação, *verbis*:

Como acima asseverado o apelado/impetrante não teve seu processo de inscrição indeferido, o mesmo esta tramitando dentro das normas prevista na legislação pertinente a matéria, não houve decisão terminativa ou julgamento, mas sim voto do relator acompanhado pelos demais membros no sentido de remeter os autos ao Conselho Seccional, para apreciar o preenchimento do requisito da idoneidade moral, já que quando suscitada a inidoneidade moral este deve ser processado e julgado pelo Conselho Seccional, nos termos da Lei 8.906/94. (fl. 279).

Ocorre que o incidente de inidoneidade moral foi arguido em virtude da mera tramitação de ação penal, como se observa do voto do conselheiro-relator do processo de inscrição do apelado (fls. 290-295).

Não havendo trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não é possível à Ordem dos Advogados do Brasil indeferir ou adiar o pedido de inscrição profissional, a pretexto de julgamento de incidente de inidoneidade moral, sob pena de violação ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

A matéria não é estranha a esta colenda Turma, conforme ilustra o seguinte precedente:

ADMINISTRATIVO-ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - INSCRIÇÃO PROFISSIONAL - RESTRIÇÃO INDEVIDA - INIDONEIDADE MORAL - HIPÓTESE PREVISTA, LEGALMENTE, NÃO COMPROVADA - CONDENAÇÃO PENAL INEXISTENTE - ÔNUS DA PROVA - CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 333, I E II - APLICABILIDADE - ILEGITIMIDADE DO ATO IMPUGNADO RECONHECIDA.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado e o Exmo. Sr. Juiz Federal André Gonçalves de Oliveira (convocado).

a) Recurso - Apelação em Ação Ordinária.

b) Decisão de origem - Pedido procedente.

1 - “A ausência de condenação criminal transitada em julgado impede a OAB de indeferir a inscrição definitiva de advogado, sob a alegação de instauração de incidente de inidoneidade, ante o prestígio ao princípio constitucional da presunção de inocência.” (AMS nº 2007.72.00.008976-0/SC - Relator Desembargador Federal Edgard Antônio Lippmann Júnior - TRF/4ª Região - Quarta Turma - Unânime - D.E. 09/6/2008.)

2 - “Por óbvio, vindo a ser confirmada a condenação, poderá a OAB/RJ cassar o registro profissional do impetrante, mantendo a integridade moral da entidade.” (AC nº 2008.51.01.006948-0/RJ - Relator: Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama - TRF/2ª Região - Sexta Turma Especializada - Unânime - DJU 19/5/2009 - pág. 105.)

3 - O juízo de origem entendeu que “fere a Constituição Federal a recusa de inscrever o autor nos quadros da OAB, por inidoneidade moral, por figurar no polo passivo de ações penais em curso.” (Fls. 1.255.)

4 - A Apelante alega que não é da sua competência “a oitiva de vítimas do Autor, cabendo para o exame de inidoneidade, as cópias de Inquéritos Policiais e os Processos Criminais a que ele respondeu, independentemente de condenação ou não.” (Fls. 1.266.)

5 - Inexistente PROVA INEQUÍVOCA (Código de Processo Civil, art. 333, I e II) de hipótese prevista, legalmente, para o indeferimento de inscrição profissional ao fundamento de INIDONEIDADE MORAL (Lei nº 8.906/94, art. 8º, §§ 3º e 4º), lídima a pretensão do Autor.

6 - Estando a decisão em sintonia com o entendimento jurisprudencial sobre a matéria, não merece acolhida o Apelo.

7 - Apelação denegada.

8 - Sentença confirmada.

(AC 0024928-47.2010.4.01.3800/MG, rel. Desembargador Federal Catão Alves, 31/10/2012 e-DJF1 P. 1540).

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação e à remessa oficial. Sentença confirmada.

É o voto.

Sétima Turma

Apelação Cível 0003063-04.2011.4.01.3809/MG

Relator: Desembargadora Federal Ângela Catão
 Apelante: Cooperativa dos Exportadores de Café do Sul de Minas – Coexcafé
 Advogados: Dr. Adriano Ferreira Sodré e outros
 Apelada: Fazenda Nacional
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
 Recurso adesivo: Fazenda Nacional
 Publicação: e-DJF1 de 05/02/2016, p. 4.613

Ementa

Embargos de declaração. Processual Civil. Primeiros embargos de declaração opostos pela parte-autora não analisado. Omissão. Embargos de declaração providos para anular o acórdão embargado. Contribuição previdenciária sobre a produção rural de pessoa física. Cooperativa. Legitimidade ativa. Repetição e compensação dos valores indevidamente recolhidos pelos cooperados. Impossibilidade. Omissão.

I. Havendo omissão/contradição no acórdão embargado, os embargos devem ser acolhidos para suprir o vício no particular.

II. Incide em omissão o acórdão que acolhe parcialmente os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, sem, contudo, analisar os embargos opostos pela parte-autora. Acórdão anulado.

III. É assente na jurisprudência o entendimento de que as cooperativas possuem legitimidade ativa apenas para discutir a legitimidade da cobrança da contribuição para o Funrural pois, como apenas retêm o tributo devido pelo produtor rural, sem dispêndio de recursos próprios para o pagamento da exação, não são partes legítimas para pleitear em nome próprio a compensação/restituição de quantias recolhidas por seus associados.

IV. As alegações de constitucionalidade da exação na redação atualizada pela Lei 10.256/2001 foram devidamente analisadas e afastadas no acórdão embargado, constando, ainda, expressamente da ementa. Nosso ordenamento jurídico não admite a constitucionalização superveniente da lei viciada (RE 346.084/PR).

V. Embargos de declaração acolhidos, com efeito modificativo, para anular o acórdão de fls. 657-661 e, prosseguindo no julgamento, negar provimento aos primeiros embargos de declaração da parte-autora (fls. 636-639) e dar parcial provimento aos embargos de declaração da Fazenda Nacional (fls. 641-646) para sanar a omissão.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento aos embargos de declaração para anular o acórdão de fls. 657-661 e, prosseguindo no julgamento, negar provimento aos primeiros embargos de declaração da parte-autora e dar parcial provimento aos embargos de declaração da Fazenda Nacional.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 19/01/2016.

Desembargadora Federal Ângela Catão, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: — Trata-se de segundos embargos de declaração opostos pela parte-autora, alegando omissão no acórdão de fls. 657-661, que analisou os embargos de declaração opostos pela União Federal (fls. 641-646) sem, contudo,

examinar os embargos por ela opostos às fls. 636-639, em que alega equívoco na sua qualificação como “substituta tributária”, ao fundamento de que a sua atuação no feito se deu na forma de entidade associativa e representativa de seus associados.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão: —
Embargos de declaração da parte-autora:

O acórdão embargado deu parcial provimento aos embargos de declaração da Fazenda Nacional, quedando-se silente, todavia, em relação aos primeiros embargos opostos pela parte-autora (636-639).

É de se acolher, portanto, os presentes embargos de declaração da parte-autora, para anular o acórdão de fls. 657-61.

No mérito, alega a embargante que, na qualidade de representante de seus associados, detém legitimidade para postular, além da legalidade da contribuição para o Funrural, a repetição dos valores indevidamente recolhidos pelos seus cooperados.

Sem razão a embargante.

Consabido, a Lei 8.540/1992 modificou a maneira de os produtores rurais contribuírem para a seguridade social e, ao dar nova redação ao inciso IV do art. 30 da Lei 8.212/1991, criou a figura do responsável tributário. Na letra da lei, o adquirente, o consignatário ou a cooperativa, que adquiram produtos rurais, ficaram, por expressa disposição legal, sub-rogados nas obrigações da pessoa física para recolher a contribuição devida à seguridade social pelo produtor rural.

Confira-se, a propósito, o inciso III do art. 30 da Lei 8.212/1991, com redação dada pela Lei 9.528/1997:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

[...]

III - a empresa adquirente, consumidora ou consignatária ou a cooperativa são obrigadas a recolher a contribuição de que trata o art. 25, até o dia 2 do mês subsequente ao da operação de venda ou consignação da produção, independentemente de estas operações terem sido realizadas diretamente com o produtor ou com intermediário pessoa física, na forma estabelecida em regulamento". (grifei)

Tomando por base a legislação de regência, as Turmas que integram a Primeira Seção do STJ firmaram o entendimento de que as cooperativas possuem legitimidade ativa apenas para discutir a legitimidade da cobrança da contribuição para o Funrural, pois, como apenas retêm o tributo devido pelo produtor rural, sem dispêndio de recursos próprios para o

pagamento da exação, não são partes legítimas para pleitear em nome próprio a compensação/restituição de quantias recolhidas por seus associados.

Pleiteia a embargante, em verdade, direito patrimonial alheio (restituição de um tributo suportado integralmente pelos cooperados), sendo que apenas retém e repassa ao Fisco o tributo suportado pelo produtor rural. Assim sendo, a cooperativa jamais poderia ingressar em nome próprio, como na presente ação, para postular a repetição de valores pagos por terceiros, ainda que haja expressa autorização de seus cooperados para defesa de seus interesses em juízo.

O acórdão embargado, além de estar em conformidade com os dispositivos legais atinentes à matéria, se harmoniza com o entendimento perfilhado na jurisprudência desta Corte e do STJ, inexistindo qualquer omissão ou contradição neste ponto específico:

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL (Funrural) - PESSOA JURÍDICA ADQUIRENTE DA PRODUÇÃO RURAL - ART. 1º DA LEI N. 8.540/92: INCONSTITUCIONAL (STF) - LEI N. 10.256/2001 (C/C EC N. 20/1998): NÃO "CONSTITUCIONALIZAÇÃO": EXIGIBILIDADE SUSPensa - REPRISTINAÇÃO: NÃO OCORRÊNCIA - CUSTAS EM REEMBOLSO.

O adquirente, o consignatário e a cooperativa (responsáveis tributários, por substituição, pelo recolhimento da contribuição para o Funrural) detêm legitimidade apenas para discutir a legalidade ou constitucionalidade da exigência, mas não para pleitear em nome próprio a restituição ou compensação do tributo, a não ser que atendidos os ditames do art. 166 do CTN - quais sejam: comprovar que assumiu o encargo financeiro do tributo ou que, transferindo-o a terceiro, possuía autorização expressa para tanto. (Neste sentido: EDcl no AgRg no REsp n. 1.418.303/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma do STJ, DJe de 18/06/2014; AgRg no AgRg no REsp n. 537.623/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma do STJ, DJe de 02/06/2008; REsp n. 489.156/SC, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma do STJ, DJ de 29/09/2003, pág. 155).

[...]

(AMS 0001181-32.2010.4.01.3812/MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ AMILCAR MACHADO, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.1110 de 19/06/2015)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO INCIDENTE SOBRE A PRODUÇÃO RURAL. COOPERATIVA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM PARA POSTULAR A RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. EXTINÇÃO DO PRÓ-RURAL. DESTINAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO À SEGURIDADE SOCIAL. LEI 8.212/91.

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Hercules Fajoses e o Exmo. Sr. Juiz Federal Rodrigo de Godoy Mendes (convocado).

1. A sociedade cooperativa, por ser mera retentora da contribuição incidente sobre a comercialização dos produtos adquiridos do produtor rural, não detém legitimidade ativa ad causam para postular a restituição/compensação do tributo, assegurando-se-lhe tão-somente a declaração da sua inexigibilidade. Precedentes.

2. A contribuição incidente sobre a comercialização dos produtos adquiridos do produtor rural, na forma do art. 15, I, a, da LC 11/71, com destinação ao custeio do regime previdenciário do Pró-Rural, foi extinta pelo art. 138 da Lei 8.213/91, passando, a partir de então, a ser exigida na forma do art. 25 da Lei 8.212/91, com destinação ao custeio da Seguridade Social, sendo a cooperativa subrogada nas obrigações do recolhimento da exação ao agente arrecadador, nos termos dos incisos III e IV do art. 30 da Lei 8.212/91.

3. Extingue-se o processo sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC, em relação ao pedido de restituição/compensação do tributo.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp 527.754/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 24/04/2006, p. 356)

Embargos de declaração da União Federal:

No caso específico dos autos, a Fazenda Nacional, sem adotar leitura sistemática da alteração legislativa perpetuada pela Lei 10.256/2001, quer fazer crer que essa norma teria corrigido a inconstitucionalidade declarada pelo STF, reconhecendo indevidas a contribuição previdenciária de 2% da receita bruta proveniente da comercialização da produção rural do empregador rural pessoa física, e a contribuição previdenciária de 0,1% dessa mesma receita bruta proveniente da comercialização da produção rural para financiamento das prestações por acidentes do trabalho.

Ora, ao tempo da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, já estava vigente a Lei 10.256/2001, que, alterando apenas o *caput* do já referido art. 25 da Lei 8.212/1991, para dele excluir o segurado especial, manteve como fatos geradores e alíquotas da contribuição previdenciária os mesmos constantes dos incisos I e II na redação da Lei 9.528/1997, quais sejam: receita bruta proveniente

da comercialização da produção rural e alíquotas de 2% e 0,1%.

Assim, como poderia essa norma capenga, que apenas alterou o *caput* do art. 25 da Lei 8.212/1991, mas continuou a exigir a contribuição com fato gerador e alíquotas da Lei 9.528/1997, operar o milagre de constitucionalizar a exação, sendo que o STF expressamente declarou inconstitucionais o art. 25 e os incisos I e II, com a redação atualizada até a Lei 9.528/1997 (RE 363.852/MG e RE596177/RS)? Se os incisos não foram objeto de nova redação pela Lei 10.256/2001, ainda que ela tenha sido editada após a EC 20/1998, a exação não pode ser exigida, pois ela apenas criou a contribuição sem, contudo, fixar-lhe respectiva base de cálculo e fato gerador.

Ao que se vê, as alegações de constitucionalidade da exação na redação atualizada pela Lei 10.256/2001 foram devidamente analisadas e afastadas no acórdão embargado, constando, ainda, expressamente da ementa. Nosso ordenamento jurídico não admite a constitucionalização superveniente da lei viciada (RE 346.084/PR).

Noutro giro, incide em omissão o acórdão que deixa de se pronunciar sobre os termos da compensação, a despeito de pedido expresso da parte-autora para compensar o indébito.

Como já dito, é firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que *a associação não detém legitimidade para repetir ou compensar a contribuição em questão, possuindo legitimidade apenas para discutir a legalidade ou constitucionalidade da exigência.*

Isso posto, acolho os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para anular o acórdão embargado (fls. 657-661) e, prosseguindo no julgamento, negar provimento aos primeiros embargos de declaração da parte-autora (fls. 636-639) e dar parcial provimento aos embargos de declaração da Fazenda Nacional (fls. 641-646), sem efeitos modificativos, para sanar a omissão, nos termos da fundamentação supra.

É o meu voto.

Oitava Turma

Apelação Cível 0007855-78.2008.4.01.3300/BA

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa
Apelante: União Federal (Fazenda Nacional)
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
Apelado: Fernando Carneiro da Silva Filho
Advogado: Dr. Marcelo Cunha Barata
Publicação: e-DJF1 de 15/01/2016, p. 952

Ementa

Processual Civil. Embargos de terceiro. Contrato de compra e venda formalizado em 1995. Ação executiva contra o devedor/alienante proposta em 31/01/2000. Escritura pública lavrada em 2003. Indisponibilidade determinada em 21/11/2005. Penhora realizada em 2009. Boa-fé do adquirente. Fraude à execução. Não ocorrência. Ônus da prova. CPC, art. 333, I. Jurisprudência do STJ e do TRF 1ª Região. Condenação a título de honorários de advogado. Redução. Indeferimento. Valor exorbitante. Não ocorrência. Apelação não provida.

I. “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro” (Súmula 84 do STJ).

II. “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente” (Súmula 375 do STJ).

III. “O possuidor de boa-fé tem legitimidade para defender a posse do bem adquirido por contrato de compra e venda, independentemente de registro em cartório imobiliário. Tal posicionamento encontra respaldo no enunciado 84 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro” (AP 0020395-23.2005.4.01.9199/MG, TRF1, Oitava Turma, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, e-DJF1 23/04/2010, p. 498).

IV. A realidade dos autos demonstra que o apelado adquiriu o bem imóvel objeto da controvérsia em 1º/04/1995, época anterior à propositura da ação executiva, em 31/01/2000, contra o alienante/devedor, tendo sido a respectiva escritura lavrada em 22/08/2003. Logo, não infirmada a boa-fé do adquirente, incabíveis a indisponibilidade determinada em 21/11/2005 e a penhora efetivada em 26/06/2009.

V. Na hipótese dos autos, intimada para produção de provas, a União (FN) limitou-se a informar que “não tem provas a produzir, pugnando pelo julgamento antecipado da lide”, circunstância que torna inviável a modificação da sentença recorrida ao argumento de que a apelante teria demonstrado, de modo inequívoco, a ocorrência de fraude à execução.

VI. Desincumbindo-se o adquirente/embargante do ônus que lhe cabia (CPC, art. 333, I), qual seja, comprovar a ilegitimidade da constrição recaída sobre bem imóvel de sua propriedade, sem prova inequívoca de transação fraudulenta, não merece reparo a sentença.

VII. Aferidos pelo juiz sentenciante o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço, não merece reparo a sentença que condenou a União (FN) ao pagamento de honorários advocatícios fixados em dez por cento (10%) sobre o valor atualizado da causa, que em 16/06/2008 era de R\$ 19.600,92 (dezenove mil, seiscentos reais e noventa e dois centavos).

VIII. Apelação não provida.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 11/12/2015.

Desembargador Federal *Marcos Augusto de Sousa*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa:
— Trata-se de apelação interposta pela União (FN) contra sentença que, fundamentada no enunciado da Súmula 375 do STJ, julgou procedente o pedido, em embargos de terceiro, para desconstituir restrição judicial ocorrida sobre bem imóvel de propriedade do embargante.

Sustenta a apelante, em síntese, que a sentença destoa da realidade dos autos e de dispositivos legais pertinentes à espécie, pugnano pelo reconhecimento da ocorrência de fraude à execução.

Com contrarrazões.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa:
— Ao fundamentar sua decisão para julgar procedente o pedido do embargante, o juízo sentenciante asseverou:

Embora alegue a Fazenda Nacional fraude à execução, esta somente se caracteriza na hipótese da alienação do bem ocorrer após a citação válida do devedor e quando reste evidente o conluio entre devedor/alienante e o adquirente do bem, conforme entendimento da Súmula 375 do STJ:

O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula 375, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/03/2009, DJe 30/03/2009).

No caso em exame, sequer houve penhora, mas apenas uma determinação de restrição de indisponibilidade sobre o bem. Ressalte-se que não havia registro no Cartório de Registro de Imóveis de qualquer gravame incidindo sobre o imóvel à época da celebração do contrato de compra e venda e aquisição da propriedade, já que a decretação de indisponibilidade datada de 21/11/2005 (fls. 93 da execução), ocorreu em data posterior à transação.

Assim, não resta demonstrada a má-fé do adquirente ou a redução do co-executado ao estado de insolvência.

[...]

Desse modo, estando comprovada a propriedade do bem objeto destes embargos, assim como não comprovada a má-fé do adquirente e/ou conluio com o alienante/devedor, impõe-se o acolhimento do pleito formulado pelo embargante.

A realidade dos autos demonstra que o apelado adquiriu o bem imóvel objeto da controvérsia em 1º/04/1995, época anterior à propositura da ação executiva, em 31/01/2000, contra o alienante/devedor, tendo sido a respectiva escritura lavrada em 22/08/2003 (fls. 22-23 e 24-25). Logo, não infirmada a boa-fé do adquirente, incabíveis a indisponibilidade determinada em 21/11/2005 e a penhora efetivada em 26/06/2009 (fls. 70 e 74).

Dessa forma, o julgado não destoa do entendimento jurisprudencial sobre a questão. Confira-se:

EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. CARTA DE ARREMATACÃO. AUSÊNCIA DE REGISTRO. BOA-FÉ DO POSSUIDOR DO IMÓVEL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 84 DO STJ.

1. O auto de arrematação ou adjudicação devidamente assinado torna o negócio jurídico perfeito, acabado e irretroatável, só podendo ser anulado por meio de ação própria.

2. O possuidor de boa-fé tem legitimidade para defender a posse do bem adquirido por contrato de compra e venda, independentemente de registro em cartório imobiliário. Tal posicionamento encontra respaldo no enunciado 84 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.

3. Apelação a que se nega provimento.

(AP 0020395-23.2005.4.01.9199/MG, TRF1, Oitava Turma, Rel. Des. Fed. Maria do Carmo Cardoso, e-DJF1 23/04/2010, p. 498).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO PROCEDENTES. CONSTRIÇÃO EFETUADA SOBRE IMÓVEL ADQUIRIDO ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE REGISTRO DA TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE. PROTEÇÃO DA POSSE (ART. 1.046 DO CPC E SÚMULA N. 84/STJ). ISENÇÃO DO INSS AO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. A jurisprudência do STJ, conferindo interpretação finalística à Lei n. 6.015/73, de proteger terceiros adquirentes de boa-fé, editou a Súmula n. 84 que assim dispôs: “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”.

2. Verifica-se que a parte embargante é legítima para opor os presentes embargos de terceiro, porque não integra a relação jurídica processual dos autos em que se deu a constrição, visando proteger o bem da qual detinha a posse desde 21/03/1995, data em que celebrado o contrato de compromisso de compra e venda, desprovido de registro, cujo ajuizamento da execução fiscal somente ocorreu em 1998, cuja citação se deu em 09/11/98 (EF n. 1998.38.00.002378-8).

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria do Carmo Cardoso e Novély Vilanova.

3. As datas contraditórias no contrato particular de compra e venda não são capazes de descaracterizar a venda realizada, uma vez que o apelante não infirmou em momento oportuno, a presunção de boa-fé do negócio jurídico realizado, seja na fase de impugnação, seja na fase probatória.

4. Tendo a própria parte embargante dado causa à oposição dos embargos de terceiro, uma vez que a penhora do imóvel decorreu de sua conduta ao não registrar a escritura de compra e venda no cartório imobiliário, deve arcar com o pagamento dos honorários advocatícios. No entanto, em razão da resistência da parte embargada ao pedido de levantamento da constrição, passou ela a ser responsável pelo prosseguimento do processo.

5. A melhor solução é considerar a sucumbência recíproca para que as partes arquem com os honorários de seus advogados e procuradores.

6. Apelação e remessa oficial parcialmente providas, tão-somente para afastar a condenação do INSS ao pagamento dos honorários advocatícios.

(AP 0000464-62.2001.4.01.3803/MG, TRF1, Oitava Turma, Rel. Juiz Federal Cleberson José Rocha [Conv.], e-DJF1 14/11/2008, p. 428).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIROS. LEGITIMIDADE ATIVA DA PARTE. CONTRATO DE COMPRA E VENDA ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. TRANSCRIÇÃO DO TÍTULO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

1. Pode opor embargos de terceiros, o possuidor, promitente comprador, para proteger a posse de seu bem objeto de penhora.

2. Antes do ajuizamento da execução fiscal, que ocorreu no ano de 1995, foi reduzido a termo, em 15.07.94, o contrato de compromisso de compra e venda celebrado entre o executado Erasmo Pinto e sua mulher com a apelada Eneida Oliveira, constando da cláusula quinta que a posse do imóvel mencionado era imediatamente transmitida para a apelada (promitente compradora).

3. A teor da Súmula 84, do Superior Tribunal de Justiça: "É admissível a oposição de embargos de terceiros fundado em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro".

4. Aliado a isso, em 19.09.98, foi lavrada a escritura pública de compra e venda do citado imóvel firmada entre Erasmo Pinto e sua mulher com a apelada Eneida Oliveira e sua filha Maria Cristina. A referida escritura foi levada a registro em 26.10.98, consumando-se a transmissão da propriedade do bem.

5. A penhora efetuada no bem em discussão não pode subsistir por pertencer a terceiro não constante da relação processual.

6. À luz do art. 185, do CTN, na redação anterior à Lei Complementar 118/2005, não há

fraude à execução quando a alienação do bem se dá antes da citação do executado.

7. No caso dos autos, o contrato de compromisso de compra e venda relativo ao imóvel foi reduzido a termo em 15.07.94 antes mesmo do ajuizamento da execução fiscal, que ocorreu no ano de 1995, não subsistindo, portanto, a alegada fraude à execução.

8. Mantido o valor dos honorários advocatícios fixado na sentença a quo, vez que arbitrado em conformidade com o disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

9. Apelação do Instituto Nacional do Seguro Social e remessa oficial, tida por interposta, desprovidas.

(AP 0006032-57.1999.4.01.3600/MT, TRF1, Oitava Turma, Rel. Juiz Federal Roberto Carvalho Veloso [Conv.], DJ 13/04/2007, p. 169).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. BOA-FÉ. IMÓVEL ADQUIRIDO ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. PROVA DE REGISTRO NÃO NECESSÁRIA. SÚMULA N. 84 DO STJ.

1. Nos presentes embargos de terceiro, Miguel Arcanjo de Matos visa ao reconhecimento da propriedade sobre o imóvel - um lote de terreno de nº 08, da Quadra 36, do Bairro Padre Libério, localizado na Cidade de Pará de Minas, Estado de Minas Gerais, com área de 2.000 m².

2. Segundo orientação jurisprudencial "O possuidor de boa-fé tem legitimidade para defender a posse do bem adquirido por contrato de compra e venda, independentemente de registro em cartório imobiliário. Tal posicionamento encontra respaldo no enunciado 84 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro". (Precedente: AC 0020395-23.2005.4.01.9199/MG, Rel. Des. Federal Maria Do Carmo Cardoso, 8ª Turma do T.R.F. da 1ª Região, e-DJF1 de 23/04/2010, pág. 498).

3. Na espécie, a escritura pública de compra e venda revela o negócio jurídico firmado entre o executado, Lindorifo dos Santos Faria, vendedor do imóvel, e o embargante, Miguel Arcanjo de Matos, comprador, em 25/3/1998, antes, portanto, do ajuizamento da execução fiscal (26/11/1998). Portanto, naquela data, o imóvel em questão já havia sido alienado ao ora embargante.

4. Assim, não se vislumbram nos autos indícios de fraude à execução, haja vista ter a adquirente do imóvel objeto da penhora efetuado o negócio jurídico antes da referida constrição, evidenciando-se, sem sombra de dúvidas, que agiu acobertada pela boa-fé.

5. Apelação não provida. Sentença mantida.

(AP 0037140-10.2007.4.01.9199/MG, TRF1, Sétima Turma, Rel. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto [Conv.], e-DJF1 24/04/2015, p. 5027).

PROCESSIONAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA SOBRE IMÓVEL. AUSÊNCIA DE REGISTRO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO DA SÚMULA 84 DO STJ. BOA-FÉ DO POSSUIDOR DO IMÓVEL. INEXISTÊNCIA DE FRAUDE À EXECUÇÃO. PENHORA INSUBSISTENTE. NULIDADE DOS ATOS EXECUTIVOS POSTERIORES A PENHORA.

1. O possuidor de boa-fé tem legitimidade para defender a posse do bem adquirido por contrato de compra e venda ou escritura pública de compra e venda, independentemente de registro em cartório imobiliário, nos termos do Enunciado da Súmula 84 do STJ.

2. “A 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1141990/PR, sob a relatoria do ministro Luiz Fux, na sistemática do art. 543-C - recurso repetitivo - pacificou o entendimento de que (b) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar n.º 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude”. (REO 2006.38.02.001438-1/MG, Rel. Desembargadora Federal Maria Do Carmo Cardoso, Oitava Turma, e-DJF1 p.461 de 15/04/2011).

3. No caso dos autos, a escritura pública de compra e venda foi lavrada em Cartório em 18/09/1996, antes, portanto, da citação do executado nos processos de execução, que foram efetivadas em 22/10/1997, em razão do seu comparecimento espontâneo aos autos.

4. Comprovado que a compra e venda foi realizada antes da citação do executado nos processos de execução, deve-se reconhecer a insubsistência da penhora e a nulidade dos atos executivos subseqüentes.

5. Apelação provida.

(AP 0069084-74.2000.4.01.9199/MG, TRF1, 7ª Turma Suplementar, Rel. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins [Conv.], e-DJF1 17/08/2012, p. 1376).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO. PENHORA EFETUADA SOBRE IMÓVEL ADQUIRIDO ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DA ESCRITURA DE COMPRA E VENDA. PROTEÇÃO DA POSSE (ART. 1.046 DO CPC E SÚMULA 84 DO STJ). OMISSÃO. POSSE INDIRETA. PROTEÇÃO LEGAL. PRETENDIDA REVISÃO DO JULGADO.

1. O instrumento de cessão de contrato de compra e venda do imóvel comprova a posse indireta do cessionário, passível de defesa por meio de embargos de terceiro. Omissão suprida.

2. Afiguram-se impertinentes, in casu, a pretensão de rediscussão das questões julgadas, bem como a pretensão de prequestionamento por meio de embargos de declaração quando não configuradas a omissão, obscuridade ou contradição. Precedentes do TRF da 1ª Região e do Superior Tribunal de Justiça.

3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para suprir omissão, sem alterar o resultado do julgamento.

(EDAP 0020270-40.2001.4.01.3300/BA, TRF1, 4ª Turma Suplementar, Rel. Juiz Federal Marcio Barbosa Maia [Conv.], e-DJF1 27/09/2013, p. 1430).

Além do mais,

[...] é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro [...] (Súmula 84 do STJ).

No caso presente, intimada para produção de provas, a União (FN) limitou-se a informar ao juízo de origem que “não tem provas a produzir, pugnando pelo julgamento antecipado da lide” (fl. 53). Logo, inviável a modificação da sentença recorrida ao argumento de que a apelante teria demonstrado, de modo inequívoco, a ocorrência de fraude à execução.

Desincumbindo-se o embargante do ônus que lhe cabia (CPC, art. 333, I), qual seja o de comprovar que a compra e venda foi realizada antes mesmo do ajuizamento da ação executiva contra o alienante/devedor, indiscutível a insubsistência da constrição impugnada.

Esta egrégia Oitava Turma tem decidido que

[...] a fixação dos honorários advocatícios deve ser arbitrada com equidade, nos termos do § 4º do art. 20 do CPC, observados os critérios estabelecidos nas alíneas do § 3º também do art. 20 do CPC, sem, contudo, vinculação a 10% ou 20% sobre o valor da condenação [...] (AP 0034874-60.2002.4.01.3400/DF, TRF1, Oitava Turma, rel. Des. Fed. Maria do Carmo Cardoso, e-DJF1 08/02/2013, p. 1741).

A fixação do valor referente a honorários de advogado decorre de apreciação equitativa do juiz, merecendo majoração ou redução, em segundo grau de jurisdição, apenas, se verificada hipótese de valor ínfimo ou exorbitante.

Assim, aferidos pelo juiz sentenciante o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço, não merece reparo a sentença por ter condenado a União (FN) ao pagamento de honorários advocatícios fixados em dez por cento (10%), sobre o valor atualizado da causa, que em 16/06/2008 era de R\$ 19.600,92 (dezenove mil, seiscentos reais e noventa e dois centavos).

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação.

É o voto.

Oitava Turma

Numeração única: 0015570-36.2006.4.01.3400

Apelação Cível 2006.34.00.015740-7/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Apelante: Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá
Advogado: Dr. Rodrigo do Prado Figueiredo
Apelada: Fazenda Nacional
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
Publicação: e-DJF1 de 05/02/2016, p. 4.724

Ementa

Administrativo. Mandado de segurança. Conselho de Contribuintes. Regimento interno aprovado pela Portaria MF 55/1998. Recurso especial de divergência. Cabimento contra decisão prolatada em forma de resolução.

I. O art. 32 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF 55/1998, estabelecia ser cabível recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais de decisão não unânime de câmara, contrária à lei ou à evidência de prova, e de decisão cuja interpretação da lei tributária fosse divergente da que lhe tivesse dado outra câmara, sem nenhuma distinção quanto à forma da decisão, se por resolução ou se por acórdão.

II. Ante o comando genérico da norma, cabível, na vigência do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes aprovado pela Portaria MF 55/1998, a interposição de recurso especial de divergência a decisão prolatada em forma de resolução.

III. Apelação a que se dá provimento.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 29/01/2016.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:
— Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado por Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá com o objetivo de que seja assegurado o processamento do recurso especial de divergência interposto nos autos do Processo Administrativo Fiscal 13710.001092/97-41.

Afirma a impetrante ter sofrido autuação por falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins referente ao exercício de 1996, por entender a autoridade fazendária que instituições de ensino não poderiam ser enquadradas como entidades de assistência social e, em consequência, não poderiam ser beneficiadas com a imunidade prevista no § 7º do art. 195 da Constituição.

Apresentada impugnação ao lançamento — que deu início à instauração do Processo Administrativo Fiscal 13710.001092/97-41 —, foi ela rejeitada, ao fundamento de que instituições de educação não gozam de isenção ou imunidade relativamente à Cofins. Acrescenta a impetrante, no ponto, que os requisitos previstos por lei para o gozo da imunidade, no período objeto de autuação, não foram postos em dúvida pelo julgador monocrático.

A rejeição do pedido pelo julgador monocrático ensejou a interposição de recurso voluntário para o Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, órgão julgador administrativo de segunda instância, o qual houve por bem, em decisão majoritária prolatada em forma de resolução, converter o julgamento em diligência, para que, em relação aos períodos abrangidos pelo lançamento, fosse verificado:

1) o atendimento dos requisitos previstos no art. 14 do CTN; 2) a prática de atividades de assistência social.

Por considerar que a referida diligência implicaria indevida inovação no lançamento original, bem como possível alteração do enquadramento legal adotado pelo órgão inferior, interpôs a impetrante recurso especial de divergência, com fundamento no art. 32 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes em vigor à época, cujo processamento foi sumariamente negado, ao entendimento de que ausente previsão legal para sua interposição.

O recurso de agravo interposto à referida decisão foi igualmente rejeitado, o que resultou na presente impetração, em que se alega, em síntese, ofendido o direito líquido e certo insculpido no mencionado art. 32, o qual admite o cabimento de recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais *de decisão que der à lei tributária interpretação divergente de que lhe tenha dado outra Câmara de Conselho de Contribuintes ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais*.

Ao sentenciar o feito, o magistrado *a quo* denegou a segurança, por considerar que o recurso especial é cabível somente de decisão terminativa prolatada em forma de acórdão, nos moldes definidos no art. 33 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes vigente à época.

Nas razões de seu apelo, reitera a impetrante a argumentação deduzida na inicial, no sentido de não haver na legislação de regência, no tocante ao cabimento do recurso especial, nenhuma distinção quanto às decisões proferidas por meio de resolução ou de acórdão.

Contrarrazões apresentadas.

O representante do Ministério Público Federal deixou de opinar no feito, por reputar ausente interesse público que justificasse sua intervenção.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:
— A controvérsia tratada nos presentes autos limita-se a saber se o Regimento Interno do Conselho de Contribuintes em vigor à época da impetração admitia a interposição de recurso especial de divergência a decisão não terminativa prolatada por meio de resolução.

Para melhor compreensão do tema, transcrevo, no que interessa, os arts. 24, 32 e 33 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes:

Art. 24. A decisão, em forma de acórdão ou resolução, será assinada pelo Relator e pelo Presidente, e dela constará o nome dos Conselheiros presentes, especificando-se, se houver, os Conselheiros vencidos e a matéria em que o foram, e os impedidos.

§ 1º A decisão será em forma de resolução quando, obrigatoriamente, a mesma ou outra Câmara do Conselho, ou, ainda, de outro Conselho de Contribuintes, deva pronunciar-se sobre o mesmo recurso.

§ 2º Vencido o Relator, na preliminar ou no mérito, o Presidente designará para redigir o acórdão um dos Conselheiros que adotar o voto vencedor.

Dos Recursos à Câmara Superior de Recursos Fiscais

Do Recurso Especial

Art. 32. Caberá recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais:

I - de decisão não unânime de Câmara, quando for contrária à lei ou à evidência da prova; e

II - de decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara de Conselho de Contribuintes ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.

§1º No caso do inciso I, o recurso é privativo do Procurador da Fazenda Nacional; no caso do inciso II, sua interposição é facultada também ao sujeito passivo.

§ 2º Para efeito da aplicação do inciso II deste artigo, entende-se como outra Câmara as que integram a atual estrutura dos Conselhos de Contribuintes ou as que vierem a integrá-la.

§ 3º Não caberá recurso especial de decisão de qualquer das Câmaras dos Conselhos que na apreciação de matéria preliminar decida pela anulação da decisão de primeira instância.

§4º Somente poderá ser objeto de apreciação e seguimento matéria prequestionada, cabendo ao recorrente demonstrá-la, com precisa indicação das peças processuais.

Art. 33. O recurso especial deverá ser formalizado em petição dirigida ao Presidente da Câmara que houver prolatado a decisão recorrida e deverá ser apresentado por Procurador da Fazenda Nacional, no prazo de quinze dias, contado da vista oficial do acórdão, ou pelo sujeito passivo, em igual prazo, contado da data da ciência da decisão.

Da fundamentação deduzida no despacho que negou seguimento do recurso especial de divergência interposto pela ora apelante (fls. 68-70), extrai-se o entendimento de somente ser cabível tal recurso

* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Novély Vilanova e o Exmo. Sr. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado).

contra *decisões que contenham conteúdo decisório com potencial de definitividade*, o que apenas ocorreria com os acórdãos. Em outras palavras, não haveria no Regimento Interno nenhuma previsão legal para o cabimento de recurso especial contra decisões prolatadas por meio de resolução.

Ainda que compartilhe do entendimento de ser razoável a interpretação de que somente decisões definitivas estejam sujeitas a impugnação pela via do recurso especial — o que obstaria a interposição de tal recurso em situações como a dos autos, em que determinada a conversão do julgamento em diligência —, não havia, na legislação em vigor à época, nenhuma distinção entre os dois tipos de decisão (por acórdão ou por resolução) para fins de impugnação por meio de recurso especial.

Com efeito, a disposição contida no art. 32 apenas consigna ser cabível o recurso especial de *decisão* nas hipóteses especificadas nos seus parágrafos, já transcritos. Fosse a intenção do legislador limitar o cabimento desse recurso, bastaria acrescentar ao texto a palavra *acórdão*, em vez de *decisão*, ou, simplesmente, especificar que *decisões prolatadas em*

forma de resolução não seriam passíveis de insurgência por essa via.

A ausência de clareza da norma em vigor ao tempo da impetração fica mais evidente quando se verifica que o Regimento Interno atualmente em vigor — assim como os que se seguiram àquele aprovado pela Portaria 55/1998, vigente à época da impetração —, expressamente consigna, no que concerne ao recurso especial de divergência, ser ele *cabível contra decisão que der ou negar provimento a recurso de ofício*.

A atual redação, portanto, diversamente daquela existente ao tempo da impetração, não dá margem a dúvida quanto ao não cabimento do recurso especial de divergência em face de decisões não terminativas.

Diante desse contexto, ausente na norma qualquer distinção quanto à forma em que prolatada a decisão, o caso é de assegurar à contribuinte o regular processamento do recurso especial de divergência interposto nos autos do Processo Administrativo 13710.001092/97-41.

Ante o exposto, dou provimento à apelação para conceder a segurança.

É como voto.

Agravo de Instrumento 0057628-54.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes
Agravante: Iluminatti Comercializadora de Energia Elétrica Ltda.
Advogados: Dra. Fabíola Cássia de Noronha Sampaio e outro
Agravada: Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação: e-DJF1 de 29/01/2016, p. 2.808

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Iluminatti Comercializadora de Energia Elétrica Ltda. contra decisão que, proferida em ação de rito ordinário, indeferiu o pedido liminar, por meio do qual pretende a parte-autora, ora agravante, afastar sua responsabilidade pelo pagamento do GSF devido pelas empresas favorecidas por decisões judiciais.

Em antecipação da tutela recursal requereu:

(i) seja determinado à Aneel e à CCEE que suspendam os novos chamamentos de aportes dos meses de março, abril e maio de 2015, que deveriam ter sido realizados na data de 06/10/2015, notadamente para que esta seja desonerada da injusta responsabilização que lhes fora imposta, no tocante à assunção de cotas-partes dos agentes beneficiados por liminares, que nessa nova contabilização impactam a agravante na quantia de R\$ 1.055.037,53, bem como para que, doravante, no tocante às próximas recontabilizações e liquidações a serem realizadas pela CCEE no âmbito do MRE pelo período em que a agravante foi responsável pelo Ativo PCH Salto de 03 de Maio sejam inexigíveis, uma vez que já teria cumprido com todos os aportes e obrigações financeiros relativos àquele período;

(ii) ainda liminarmente sejam suspensos os reajustes/repactuações contratuais realizados unilateralmente pela Aneel via CCEE em consequência do não aporte dos valores cobrados de forma indevida e injustamente, de modo a não impactar (reduzir) de forma alguma na quantidade de energia autorizada para venda/comercialização pela agravante, principalmente em relação às sanções previstas na Resolução Normativa Aneel 622/2014.

Em 22/10/2015 proferi decisão deferindo parcialmente o pedido de antecipação da tutela recursal para

[...] determinar que as agravadas se abstenham de crescer à cota de aporte de garantia financeira, eventualmente devida pela agravante, os valores decorrentes das decisões judiciais que beneficiarem outras empresas ao excluir ou diminuir o valor por elas devido, na proporção que possa repercutir nas suas obrigações (da agravante), afastando, em consequência, a imposição de sanções decorrentes desse fato [...] (fls. 201-4 dos autos digitais).

Devidamente intimada, a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel apresentou suas contrarrazões às fls. 233-290 dos autos digitais.

A Aneel interpôs, ainda, agravo regimental (fls. 292-315 dos autos digitais) pleiteando a reconsideração da decisão proferida.

A agravante juntou petições às fls. 317-319, 321-6 alegando do descumprimento da decisão.

A CCEE peticionou às fls. 327-8 e 331-2 alegando ter dado cumprimento à decisão “com efeitos a partir de outubro/2015, nos exatos termos do quanto determinado pela r. decisão judicial, um vez que a r. decisão foi recebida no curso da contabilização de outubro/2015.”

Em nova petição juntada às fls. 338-343 a agravante alega novamente o descumprimento da decisão proferida, ao argumento de que a posição da CCEE é equivocada ao entender que a decisão judicial “somente seria válida para as futuras contabilizações e liquidações a serem realizadas por aquele agente.” (cito):

5. A CCEE numa interpretação no mínimo *sui generis* da decisão emanada por Vossa Excelência, alega que tal decisão somente seria válida para as futuras contabilizações e liquidações a serem realizadas por aquele agente.

6. Nada mais equivocado, como resta claro desde da peça inicial no primeiro grau, quanto na inicial deste Agravo de Instrumentos, a Agravante sempre esclareceu que durante os meses de março, abril e maio do ano de 2015 foi o agente responsável pelo ativo PCH Salto de 3 Maio junto a CCEE.

7. Nesses 3 meses em que foi responsável pela PCH Salto de 3 Maio a Agravante cumpriu integralmente com os chamamentos de aportes para as liquidações da CCEE, mesmo aqueles com valores superiores a limitação de 5% da garantia física do ativo em questão.

8. A partir do mês de junho de 2015 a Agravante deixou de ser responsável pelo ativo PCH Salto de 3 de Maio, e por consequência disso, se retirou do condomínio do MRE, não mais participando de quaisquer rateios relativos ao MRE, tanto quanto os relativos aos aportes como os de recebimento de crédito.

9. Pelo fato da Agravante ter como atividade a comercialização de energia elétrica, esta, ainda se encontra vinculada as contabilizações e liquidações realizadas pela CCEE.

10. Como é de conhecimento deste juízo, a CCEE numa atitude completamente arbitrária começou a realizar contabilizações retroativas para repassar aos agentes participante e ex-participantes do MRE (como é o caso da Agravante) as cotas partes da inadimplência do condomínio do MRE em virtude da concessão de liminares judiciais para outros agentes integrantes do MRE, fato este, que motivou a impetração de ação judicial pela Iluminatti e do presente Agravo de Instrumento.

11. Na data de ingresso do Agravo a CCEE imputava à Agravante um débito de aproximadamente R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) de repasse dos débitos dos agentes com liminares, veja Excelência que em razão dos descumprimento da tutela recursal, o valor imputado nesta data, chega a absurdos R\$ 34.000.000,00 (trinta e quatro milhões de reais).

12. Conforme tudo narrado acima, fica óbvio que o objeto de toda a ação e do presente Agravo é o de impedir o repasse dos débitos do condomínio do MRE em decorrência da concessão de liminares judiciais para os outros agentes durante os meses em que a Agravante foi a responsável pelo ativo PCH Salto de 3 Maio, e por consequência participava do MRE neste período que englobou os meses de março, abril e maio de 2015.

13. A tentativa da CCEE de induzir o juízo ao erro está justamente neste ponto, ora, se a Agravante só participou do condomínio do MRE durante os meses de março, abril e maio de 2015, qual seria o efeito prático de contabilizar as liquidações desconsiderando estes meses? que são justamente o objeto do Agravo, do pedido e da decisão, a ser assim, qual seria a repercussão prática da decisão emanada? (fls. 338/343)

É o relatório. Decido.

O histórico dos fatos é o seguinte:

A agravante, empresa comercializadora de energia elétrica, nos meses de março, abril e maio de 2015 era responsável, perante a Câmara Comercializadora de Energia pela usina PCH 03 de Maio.

Relata a empresa que, embora o compartilhamento de risco entre os agentes participantes do Mecanismo de Realocação de Energia – MRE seja limitado à garantia física de cada participante em até 5% (cinco por cento), as agravadas descumpriram a referida limitação. Em decorrência, inúmeras decisões do Poder Judiciário reconheceram a limitação do fator de ajuste (GSF) em favor de outras geradoras e, como consequência, a metodologia de rateio no ambiente do MRE foi significativamente alterada.

Assim, no âmbito da liquidação da CCEE, a requerente está sendo chamada a suportar as repercussões financeiras das liminares concedidas às outras empresas, ou seja, suportar efeitos financeiros de decisões judiciais das quais não figurou como parte.

Quando interpôs o presente agravo, havia tomado conhecimento da iminência de aportes da sua parte que, inicialmente marcados para 06/10/2015 (fl. 95 dos autos digitais), mas que até a interposição do recurso, dia 16/10, ainda não haviam sido divulgados.

O pedido formulado pela recorrente no presente agravo é claro (cito):

[...] seja concedida a TUTELA ANTECIPADA RECURSAL para o fim de Determinar as Agravadas à CCEE, que suspenda os novos chamamentos de aportes dos meses de março, abril e maio de 2015, que deveria ter sido realizado na data de 06/10/2015, notadamente para que esta seja desonerada da injusta responsabilização que lhes impõem as Agravadas, no tocante à assunção de cotas-partes dos agentes beneficiados por liminares, que na contabilização impactavam a Agravante em absurdos R\$ 1.055.037,53, bem como para que, doravante, no tocante às próximas recontabilizações e liquidações a serem realizadas pela CCEE no âmbito do MRE pelo período em que a agravante foi responsável pelo Ativo PCH Salto de 03 de Maio sejam inexigíveis, uma vez que, já havia cumprido com todos os aportes e obrigações financeiras relativos à aquele período [...] (fls. 14/15 dos autos digitais).

A decisão que proferi nestes autos, fls. 201-4, possui o seguinte conteúdo (cito):

[...]

Em outro agravo (AI 0039583-02.2015.4.01.0000), interposto pela CESP, proferi decisão deferindo a tutela de urgência pleiteada no sentido de determinar que a União e a Aneel se abstivessem de acrescer à cota de aporte de garantia financeira,

eventualmente devida pela agravante, os valores decorrentes das decisões judiciais que beneficiaram outras empresas. Confira-se a decisão na íntegra:

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Companhia Energética de São Paulo – CESP contra decisão proferida em ação cautelar incidental que indeferiu o pedido de antecipação de tutela, no qual se pleiteava a suspensão da exigência de aporte financeiro da ordem de R\$ 87.280.127,27, previsto para se efetivar na data de hoje, 21/07/2015, na contabilização de junho de 2015 no âmbito do MRE.

Relata a agravante que, em 20 de julho de 2015, ajuizou medida cautelar inominada com pedido de liminar em face da Aneel e da União, ora agravadas, objetivando a suspensão da exigência de aporte financeiro da ordem de R\$ 87.280.127,27, nos seguintes termos:

[...]

Esclareceu, ainda, que a própria CCEE teria afirmado, em correspondência enviada a ora agravante, que o valor por ela divulgado na liquidação referente ao mês de Junho/2015 contém efeitos financeiros das ações judiciais que beneficiam as empresas que obtiveram decisões judiciais, limitando a aplicação do fator GSF no âmbito do MRE.

No referido documento, a CCEE teria esclarecido, ainda, que os agentes não detentores de decisões em ações judiciais que limitem a aplicação do fator GSF são impactados a débito e que a CESP, ora agravante, por esse motivo, suportará débito no valor de R\$ 135 milhões.

E mais. Nos relatórios expedidos pela CCEE dentre os meses de janeiro a maio do corrente ano, o valor indicado pela CCEE seria significativamente maior do que aqueles que a agravante tem suportado no ambiente do MRE (cito):

Jan – Aporte zero (CESP credora);

Fev – Aporte de R\$ 5.919.017,00;

Mar – Aporte de R\$ 30.896.939,39;

Abr - Aporte zero (CESP credora);

Mai - Aporte zero (CESP credora).

Neste aspecto, a agravante teria demonstrado o alegado temor, na medida em que no dia 21/07/2015 deverá aportar o valor de R\$ 87.280.127,27, valor esse MUITO superior à proporcionalidade de suas garantias físicas, o que significa que estará respondendo pelas garantias físicas de outros participantes do MRE.

Relatados, decido.

A assertiva da CESP quanto aos fatos, segundo ela mesma alega, estaria amparada nas informações prestadas pela CCEE, juntadas aos autos pelos documentos enumerados de 8 a 9, nos quais se relaciona a evolução dos aportes de garantias prestados pela agravante, em que se exigiria no mês de junho/2015, R\$ 87 milhões.

De fato, existe nos autos informação da Administração Pública (fls. 147/148) que certifica que a evolução do valor de R\$ 5.919.017,00 (fls. 153 dos autos digitais), devido em 17/03/2015, para R\$ 87.280.127,27 (fls. 162 dos autos digitais), devido em 16/07/2015, corresponde ao aumento da cota de aporte de garantia financeira da agravante em razão de decisões judiciais em favor de outras empresas, fato que o próprio juízo a quo, na decisão que indeferiu a liminar pretendida, expressamente admitiu (cito):

[...] cobrir o déficit de outras geradoras, cujos “débitos” foram limitados por liminares judiciais, está em vias de se tornar também “devedora” e ter que arcar com um “débito” de aproximadamente 87 milhões de reais (...)

Portanto, verifico prova suficiente para análise da matéria.

Obviamente a empresa não pode suportar a consequência de decisões judiciais das quais não foi parte. Da mesma forma, é também evidente que os órgãos judiciais que concederam liminares para diminuir o aporte de garantia financeira de outras empresas, não pretendiam que a Administração repassasse o débito para as empresas que, à semelhança da agravante, não obtiveram tais liminares.

Portanto, já agora entendo plausível a irrisignação da agravante quanto a não se ver colocada na posição de suportar incremento em suas obrigações que decorre de decisões judiciais nas quais não tenha sido parte.

Isso considerado, DEFIRO, PARCIALMENTE, a tutela de urgência pleiteada no sentido de determinar que as agravadas se abstenham de acrescer à cota de aporte de garantia financeira, eventualmente devida pela agravante, os valores decorrentes das decisões judiciais que beneficiaram outras empresas ao excluir ou diminuir o valor por elas devido, na proporção que possa repercutir nas suas obrigações (da agravante).

No caso dos autos, da mesma maneira, entendo que as usinas não podem suportar a consequência de decisões judiciais das quais não foram parte. É evidente que os órgãos judiciais que concederam liminares para diminuir o aporte de garantia financeira de outras empresas não pretendiam que a Administração repassasse o débito para as empresas que não obtiveram tais liminares, até porque a lógica que fundamenta as decisões judiciais favoráveis a alguns integrantes do MRE é a de que a inviabilidade de diminuição da garantia física seria fundamento para proteção de todos os componentes do MRE, e não apenas daquele que, eventualmente, obteve a decisão judicial favorável.

Em outras palavras, a lógica que suporta as decisões judiciais favoráveis a alguns integrantes do sistema é de ilegalidade absoluta da diminuição da garantia física, o que deveria favorecer todos os integrantes do MRE, e não alguns integrantes em detrimento de outros.

Assim, considerado o contexto conformado pelo quadro surgido após as decisões judiciais que beneficiaram outros agentes e, sobretudo, tendo em vista que a Administração resolveu, por assim dizer, “punir” as empresas que não foram agraciadas com decisões judiciais favoráveis, fazendo-as suportar toda a repercussão financeira de decisões judiciais, entendo que o melhor é, em benefício do princípio da isonomia, conferir às usinas que assim o pleitearem, o mesmo direito alcançado pelas empresas e geradoras do sistema hidrelétrico em outras decisões judiciais.

Tudo considerado, DEFIRO, PARCIALMENTE, a tutela de urgência pleiteada no sentido de determinar que as agravadas se abstenham de crescer à cota de aporte de garantia financeira, eventualmente devida pela agravante, os valores decorrentes das decisões judiciais que beneficiarem outras empresas ao excluir ou diminuir o valor por elas devido, na proporção que possa repercutir nas suas obrigações (da agravante), afastando, em consequência, a imposição de sanções decorrentes desse fato. (grifos acrescentados)

Portanto, como se verá, uma vez que a decisão acima reproduzida foi prolatada no mês de outubro/2015, era obrigação da Administração tomá-la em consideração nas contabilizações da agravante ainda em curso ou por serem produzidas.

Entretanto, a decisão não cobria necessariamente a contabilização de meses pretéritos, pois a eficácia temporal das tutelas de urgência de regra apenas pode atingir os meses em curso e os vindouros.

No caso concreto, como a decisão foi proferida em outubro/2015, portanto, ela deveria ser considerada nas contabilizações em aberto. Apenas se, nas contabilizações por realizar (outubro e as seguintes), fossem inseridos meses pretéritos é que a decisão poderia atingi-los. No caso concreto, a parte agravante pretendeu discutir as repercussões dos meses de março, abril e maio de 2015 e os meses vindouros. Portanto, se a Administração Pública, no mês de outubro ou novembro/2015, por exemplo, inseriu parcelas que impliquem repercussão de decisões judiciais, ainda que referentes aos meses de março, abril e maio/2015, estaria descumprindo a decisão.

Anote-se que pelo que se pode depreender das informações prestadas à fl. 327, enquanto a Administração foi intimada em 05/11/2015 (documento de fl. 230), a CCEE admite em reunião, no dia 24/11/2015, que ainda estava processando a contabilização das operações de outubro de 2015 (cito):

Assim, a CCEE informa que, enquanto vigente a r. decisão judicial, a empresa autora da ação judicial estará isenta dos impactos financeiros decorrentes do cumprimento das demais decisões judiciais que discutem a aplicação do Ajuste do Mecanismo de Realocação de Energia - MRE, que equivale ao GSF (Generation Scaling Factor), com efeitos a partir de outubro/2015, nos exatos termos do quanto determinado pela r. decisão judicial, uma vez que a r. decisão judicial foi recebida no curso da contabilização de outubro/2015. (CT-CCEE – 2796/2015, fls. 327/8)(grifo nosso)

Dessa forma, a CCEE informa que, a partir de outubro/2015, a empresa autora da ação judicial estará isenta dos impactos financeiros decorrentes do cumprimento das demais decisões judiciais que discutem a aplicação do Ajuste do Mecanismo de Realocação de Energia - MRE, que equivale ao GSF. (CT-CCEE – 3007/2015, fls. 331/2)

Como se vê, a resposta dada pela CCEE parece indicar que a decisão por mim proferida não está sendo cumprida a contento. *Se o próprio superintendente da CCEE admite, expressamente, que a contabilização de outubro de 2015 “ainda” estava em curso no momento em que recebeu a decisão, significa que a contabilização não estava concluída, sendo passível, na época, de modificação para adequá-la aos ditames da decisão proferida.* A agravante parece ter razão quando afirma que, mesmo após a decisão deste Tribunal, foram contabilizadas em suas obrigações repercussões de liminares concedidas em outras ações, em flagrante desrespeito à autoridade que emana das decisões do Poder Judiciário. A plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni juris*) está, portanto, amplamente demonstrada.

Cumpra à CCEE, estando em curso a contabilização de outubro de 2015, referente aos valores devidos pela agravante, já naquele mês, aplicar o comando da decisão proferida pelo Tribunal. Ao não agir assim, a Administração teria descumprido decisão judicial, impondo à agravante, em sua contabilização, valores indevidos.

De outro lado, ante a informação de que a empresa está sendo cobrada a recolher os valores supostamente indevidos, tenho por certificado o perigo de dano decorrente de uma eventual decisão definitiva (*periculum in mora*).

Portanto, parece aconselhável acautelar os interesses legítimos da agravante, até que a CCEE possa ou bem demonstrar o fiel cumprimento à decisão judicial em questão, ou, em caso diverso, que possa emprestar-lhe imediato cumprimento.

Entretanto, não é possível divisar com precisão, considerados os documentos agora juntados, quanto do aporte devido e cobrado à agravante corresponderia a parcelas que estariam cobertas pela decisão judicial indicada como descumprida. Há, de toda sorte, no documento de fl. 356 dos autos eletrônicos, a informação de que, no ajuste de 11/2015, se inseriu no débito da agravante o valor R\$ 33.501.853,85, correspondente à rubrica “Resultado Contabilização de Out15 – Principal”, dando a entender que a CCEE estaria alocando à agravante valor expressivo em sua obrigação de aporte, precisamente referido ao ajuste do mês de 11/2015, quando já vigente a decisão que se alega descumprida.

Isso considerado, *defiro parcialmente a tutela para determinar a suspensão da obrigação da agravante de realizar qualquer aporte de garantia* até que a CCEE produza nova contabilização da obrigação por ela devida, em absoluta conformidade com o que foi aqui decidido (especialmente a decisão proferida em 22 de outubro de 2015), *ou* que demonstre — nos presentes autos — que os valores cobrados estão em conformidade com medidas impostas neste agravo.

Portanto, a CCEE deve esclarecer se, no montante que tem exigido da agravante estão inseridos os valores que deveriam ter sido excluídos a partir da contabilização de outubro de 2015, em conformidade com a decisão proferida, ou produzir nova contabilização que se ajuste às decisões agora reafirmadas.

Para o fiel cumprimento desta decisão, *defiro 10 (dez)* para a resposta das agravadas, quando, além de responder ao pedido agora sob exame, discriminar e especificar (em detalhes) os valores que têm exigido da agravante como valor de garantia a ser aportado.

Intime-se a Aneel e a CCEE.

Intime-se, *com urgência*, para o imediato cumprimento desta decisão, a presidência da CCEE via *e-mail* (presidencia@ccee.org.br e atendimento@ccee.org.br).

Intimem-se. Publique-se.

Brasília, 26 de janeiro de 2016.

Desembargador Federal *Néviton Guedes*, relator.

Apelação Cível 0013320-20.2012.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
 Apelante: Município de Paulo Afonso – BA
 Procurador: Wesley Ricardo Bento da Silva
 Apelada: Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel
 Procuradora: Dra. Michele Franco Rosa
 Apelado: Município de Jatobá – PE
 Advogada: Dra. Paula Santos Stolze
 Procuradora: Dra. Priscila Damásio Simões Casagrande e outros
 Apelado: Município de Delmiro Gouveia – AL
 Procuradores: Dr. Rafael Gomes Alexandre e outros
 Apelado: Município de Glória – BA
 Advogados: Dr. Tiago Leal Ayres e outro
 Apelado: Município de Petrolândia – PE
 Apelado: Município de Pariconha – AL
 Publicação: *e-DJF1* de 19/01/2016, p. 998

Decisão

Por meio da petição de fls. 1.223-1.228, noticia o Município de Glória/BA que a Aneel, induzida em erro em razão de petição do Município de Paulo Afonso/BA noticiando o descumprimento de acórdão da 6ª Turma desta Corte, redefiniu os coeficientes de compensação financeira, o que vem causando desastrosos efeitos, dentre eles

redução média de R\$ 400.000,00 de recursos que estavam regularmente dotados em conformidade com a Lei Orçamentária Anual de 2015.

Autos conclusos, *decido*.

3. Há na doutrina e jurisprudência orientação no sentido de que os recursos são dotados, como regra, de efeito suspensivo, ainda que ausente previsão do legislador nesse sentido. Entendimento que se justifica na medida em que a lei, quando quer que determinado recurso possua apenas efeito devolutivo, é expressa nesse sentido.

4. No que se refere especificamente aos embargos de declaração, não havendo na legislação processual civil previsão de que sejam recebidos no efeito meramente devolutivo, deve a eles ser conferido o efeito suspensivo pretendido pelo Município de Glória/BA.

5. Para ilustrar o entendimento doutrinário acerca do tema, trago à colação trecho de comentário de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ao Código de Processo Civil (11. Edição, Ed. Revista dos Tribunais, p. 953):

6. *Efeito suspensivo*. A regra, no direito processual civil brasileiro, é que os recursos sejam recebidos no efeito suspensivo: a eficácia da decisão embargada fica suspensa pela sua recorribilidade por EDcl, vale dizer, não se admite a execução da decisão que pode ser embargada pelo recurso de EDcl. Com muito maior razão, não se pode executar a decisão que foi efetivamente impugnada pelo recurso de EDcl. Quando a lei quer que determinada situação enseje recurso recebido no efeito meramente devolutivo, isto é, sem efeito suspensivo e com executoriedade imediata, menciona expressamente essa exceção (v. g., CPC 520, 527, III [a contrario sensu], 542 § 2º, 1.184). Na ausência de dispositivo legal exigindo o recebimento do recurso no efeito meramente devolutivo, como é o caso dos EDcl, aplica-se a regra geral: o recurso tem efeito suspensivo. [...]. Sendo da própria índole dos EDcl o aperfeiçoamento da decisão embargada, não se pode executá-la antes da correção porque de difícil compreensão e, se executada, disso poderiam advir “perigosos resultados práticos” (Humberto Theodoro Júnior, RF 355/79, n. 7). [...].

7. No mesmo sentido, precedente desta Corte quando do julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 79931-38.2010.4.01.0000/PA, cujo acórdão restou assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - TEMPESTIVIDADE - AGRAVO DE INSTRUMENTO - JULGAMENTO NOS LIMITES DO PEDIDO INCIDENTAL - EFEITO SUSPENSIVO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS - PRAZO JUDICIAL - AÇÃO ANULATÓRIA - PEDIDO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE - GARANTIA DO JUÍZO - SUSPENSÃO DO EXECUTIVO FISCAL - PERTINÊNCIA. 1. A regra é a de que os recursos são dotados de efeito suspensivo. Enquanto sujeita a recurso, a decisão, em princípio, não produz efeitos. No silêncio da lei, deve-se normalmente entender que o recurso tem efeito suspensivo. 2. Os embargos de declaração possuem efeito suspensivo e, portanto, a decisão embargada não possui executoriedade imediata, bem como eficácia, até que o recurso interposto seja julgado. O efeito suspensivo, segundo o professor Barbosa Moreira, consiste “em fazer subsistir o óbice à manifestação da eficácia da decisão [...] prolonga o estado de ineficácia em que se encontra a decisão, pelo simples fato de estar sujeita à impugnação através de recurso. [...] O impedimento atinge toda a eficácia da decisão, e não apenas o efeito executivo que ela possa ter” - O Novo Processo Civil Brasileiro - Ed. Forense, 27ª. ed., p. 122. 3. O certo é que o prazo judicial começou a correr somente a partir da publicação da decisão/sentença integrativa, ou seja, o dia 22/10/2010. Tendo os embargos à execução sido opostos em 23/11/2010 (fl. 340), são, portanto, tempestivos. 4. De qualquer forma, o sobrestamento da execução fiscal em tela deve ser mantido uma vez que há garantia da dívida (carta de fiança) e julgou-se procedente, em parte, o pedido ofertado na ação anulatória sobre o mesmo débito. Tal demanda está em grau de recurso nessas circunstâncias (dívida garantida inclusive). 5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhada por esta Corte, é pacífica no sentido de admitir a suspensão da execução fiscal em face de ação anulatória do mesmo débito, conferindo-lhe, assim, tratamento similar ao dos embargos de devedor, desde que garantido o juízo (AgRg no REsp 1251021/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma do STJ, DJe 10.08.2011; REsp 1233190/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma do STJ, DJe 29.03.2011; AG 2006.01.00.040513-9/BA, Rel. Juiz Federal Sílvio Coimbra Mourthé, 6ª Turma Suplementar, e-DJF1 p.155 de 18/04/2012; AGA 2008.01.00.013768-7/MT, Rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca, 7ª Turma do TRF1, DJF1 11.11.2011; AG 0018005-56.2010.4.01.0000/MG, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, 7ª Turma do TRF1, DJF1 09.07.2010). 6. Agravo regimental não provido. Suspensão do executivo fiscal até o trânsito em julgado da sentença exarada nos autos da AO 2009.39.01.001163-5-PA e enquanto estiver garantida a dívida por carta de fiança bancária válida.

(AGA 0079931-38.2010.4.01.0000 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.1188 de 24/08/2012). Sem grifo no original.

8. Na mesma linha de orientação, decisões monocráticas de minha lavra no AI 25082-39.2014.4.01.0000 e de lavra da Juíza Federal Hind Ghassan Kayath, convocada, no MS 55313-24.2013.4.01.0000.

9. Ademais, não há qualquer determinação no acórdão proferido por esta Sexta Turma ou em decisão monocrática a ele posterior de cumprimento, pela Aneel, do quanto nele decidido.

Pelo exposto, *atribuo efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos*.

Intime-se a Aneel pela via mais expedita, dando-lhe ciência desta decisão.

Publique-se.

Brasília, 18 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Agravo de Instrumento 0072046-94.2015.4.01.0000/DF

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)
 Agravante: Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Agravados: Tim Celular S/A e outro
 Advogados: Dr. Cristiano Carlos Kozan e outros
 Publicação: e-DJF1 de 19/01/2016, p. 1.061

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) de decisão que, em ação processada sob o rito ordinário, ajuizada por Tim Celular e Claro S.A., deferiu a antecipação da tutela para determinar a suspensão dos efeitos da Resolução 649/2015 da Anatel, restabelecendo-se os efeitos da Resolução 600/2012, aplicando-se o regime de *Bill & Keep* que vigorava anteriormente.

A agravante alega que a decisão liminar poderá causar um desequilíbrio no setor, já que a norma suspensa trata da imposição de medida assimétrica com o objetivo de minimizar a probabilidade de exercício de poder de mercado e de incentivar e promover a livre, ampla e justa competição.

Quanto ao mérito, afirma que a Resolução 649/2015 não tem o condão de causar dano irreparável às agravadas, pois, caso ao final o seu direito venha a ser reconhecido, “basta que seja feito um acerto de contas entre as empresas que atuam no setor” (fl. 11).

Aduz que a contribuição apresentada pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), posta no sentido do curto período de tempo disponível na consulta pública para a apresentação de manifestações, além do fato desta ter ocorrido em período de baixa atividade, foi devidamente respondida, uma vez que foi possível o estudo do tema pelos interessados e foi suficiente para a finalização do processo antes do termo final da primeira etapa da medida contida no art. 42 do Anexo I do PGMC.

Além do que, afirma que a contribuição da Seae é meramente opinativa, não vinculando a Anatel, que é o órgão competente para tratar a matéria objeto da presente lide.

Alega, ademais, que não houve qualquer ilegalidade no procedimento de realização da Consulta Pública 47/2.014, uma vez que foi realizada em prazo superior aos 10 dias dispostos no Plano Geral de Metas de Competição, bem como originou doze contribuições.

Afirma que a consulta pública esteve disponível por 16 dias, entre 18 de dezembro de 2014 a 2 de janeiro de 2015, razão pela qual não teria cometido qualquer ilegalidade.

Pede, ao final, a atribuição do efeito suspensivo.

Decido.

A questão posta à exame cinge-se a uma análise formal da situação.

No caso, o art. 42 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT) disciplina que as minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no *Diário Oficial da União*, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na biblioteca.

O Regimento Interno da Anatel (Resolução 621/2013), por sua vez, em seu § 2º do art. 59, ao tratar de consultas públicas que tenham por finalidade submeter minuta de ato normativo, determina que esta não poderá ter prazo inferior a 10 dias.

Não há, em quaisquer dos instrumentos normativos supra referenciados, qualquer referência ou impeditivo para que a consulta pública ocorra no período de final de ano (18/12/2014 a 02/01/2015), até porque, nem a Administração Pública nem os particulares possuem qualquer recesso regimental que impeça ou dificulte os objetivos da consulta pública.

Com relação ao caso dos autos, tem-se que foi obedecido o prazo mínimo estipulado, havendo, inclusive, um período maior, ainda que considerados os feriados de final de ano.

Para além disso, cumpre assinalar que a consulta pública não visou a instituição do sistema de regulação das assimetrias no setor, mas teve o propósito tão somente de prolongar o intervalo de tempo de sua aplicação, estendendo uma medida que já estava em vigor. Assim, a análise da adequação do prazo à complexidade da matéria encontra-se inserida na seara do poder discricionário da Administração.

Não fosse só isso, tem-se que as manifestações da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda não possuem, para a hipótese dos autos, caráter vinculante, mas meramente informativo.

Assim, tenho certo que a Anatel não cometeu qualquer ilegalidade com relação ao cumprimento dos prazos mínimos para a realização da Consulta Pública.

Ressalte-se, por fim, que, no processo principal, as ora agravadas não demonstraram a ocorrência de qualquer prejuízo iminente, de difícil ou incerta reparação que justificasse a concessão da antecipação da tutela, tanto mais, quando deixaram transcorrer quase um ano da realização do ato que pretendem impugnar, razão pela qual não diviso presente o *periculum in mora*.

Ademais, considerando-se a relação de longo prazo entre todas as partes envolvidas, o reconhecimento do direito de uma parte em detrimento de outra poderá ser facilmente compensado dentro das relações comerciais entre si existentes.

Ante o exposto, defiro o efeito suspensivo pretendido pela ora agravante, razão pela qual susto os efeitos da decisão agravada.

Comunique-se, com urgência.

Dispensado o envio de informações pormenorizadas.

Intimem-se as agravadas para apresentarem contraminuta, em conformidade com o disposto no inciso V do art. 527 do Código de Processo Civil.

Publique-se.

Brasília, 14 de janeiro de 2016.

Juíza Federal *Hind Ghassan Kayath*, relatora convocada.

Apelação Cível 0016314-55.2011.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira
Apelante: Município de Estância
Advogados: Dr. Edvaldo José Cordeiro dos Santos e outros
Apelada: Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação: e-DJF1 de 15/01/2016, p. 207

Decisão

Na sentença, fls. 707-724, foi julgado improcedente o pedido, “objetivando o recebimento mensal de *royalties*, em razão da inclusão da Plataforma de Piranema no conceito de instalação de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, nos termos do artigo 27, § 4º, da Lei 7.990/89 e do artigo 49, inciso II, alínea ‘d’, da Lei 9.478/97”.

O autor apelou, fls. 726-746.

Contrarrazões, fls.763-769-v.

Às fls. 772-778, o autor alega que: a) na sentença, “é desconsiderado [...] o fato de (que) diversos municípios recebem *royalties* pela produção marítima, tanto pelo critério da confrontação como pelo critério da existência de uma instalação de embarque e desembarque em sua projeção territorial. Nem por isso há que se falar em *bis in idem*, pois os critérios possuem fundamentação fática e legal diversa”; b) “a decisão está correta em dizer que a Plataforma de Piranema não se encontra instalada no território do Apelante. De fato, não está. Todavia, a legislação de regência prevê que dão direito a *royalties* as seguintes instalações: 1) as monoboias, 2) os quadros de boias múltiplas, 3) os píeres de atracação, 4) os cais acostáveis e 5) as estações terrestres. De toda essa relação apenas esta última está localizada no território dos municípios, em terra. Todas as demais se encontram instaladas no mar, ou seja, na projeção territorial dos municípios brasileiros”; c) “ressalta-se que para fins de pagamento de *royalties*, a própria legislação de regência admitiu essa projeção territorial sobre o oceano em razão das particularidades da atividade econômica de exploração do petróleo e do gás natural, muitas vezes sujeita aos impactos ambientais dela decorrentes”; d) “ao se pensar diferente, todos os pagamentos de *royalties* feitos em virtude de existência de instalações marítimas seria indevido, fazendo-se letra morta da relação constante” da lei. “O que não deve ser olvidado, tanto para a justificação do pagamento de *royalties* para as instalações marítimas como para o tipo de instalação objeto da presente lide (FPSO) é que a legislação admite a projeção territorial dos municípios sobre a Plataforma Continental”; e) “considerando-se a relevância da matéria [...] e a urgência da proteção judicial, não há como deixar de observar que os danos causados pela ausência do correto repasse dos *royalties* pleiteados renovam-se mensalmente. [...] o Município Autor deixa de perceber em seus cofres valores que lhe são devidos, que importam em significativo percentual de sua já insuficiente receita total, causando-lhe incontestável empobrecimento em tais montantes, o que afeta diretamente os administrados”.

E pede:

Diante disso e ante as disposições do § 1º do art. 523 do Código de processo Civil, requer que seja conhecido e provido o Agravo interposto perante o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Processo n. 0052260-06.2011.4.01.0000), de modo a ser deferido o ali formulado. Requer, por fim, que seja determinado o processamento do presente recurso, com a necessária notificação da Ré para, querendo, apresentar suas contrarrazões e com a posterior remessa dos autos para o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Decido.

Obtém-se de consulta ao sistema processual que o AI 0052260-06.2011.4.01.0000/DF foi convertido em retido. O recurso seria julgado preliminarmente ao julgamento da apelação, se houvesse pedido (CPC, art. 523). O agravo foi interposto de decisão em que indeferida tutela de urgência. A tutela foi absorvida pela sentença de mérito. O agravo, na verdade, não tem objeto. O que o apelante pretende é antecipação da tutela em sede recursal (CPC, art. 273, c/c art. 558).

Pois bem.

Sobre a distribuição de *royalties*, entendo que devem ser considerados os mais variados impactos que a produção de petróleo provoca na coletividade. Essa interpretação ampliativa da norma não implica sejam superados, sem o devido adensamento, aspectos técnicos e/ou lógicos do sistema. O município-autor alega fazer jus à percepção de *royalties* devidos por conta da presença de instalação de embarque e desembarque em seu território (projeção territorial). A alegação, ao que consta, tem suporte em metucioso (e técnico) trabalho desenvolvido pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sobre a projeção do território dos municípios, que pode se estender até o alto mar, passando pela plataforma continental. Ocorre que à pretensão de percepção de *royalties*, nos termos em que formulada, apresenta-se o óbice de o município já receber *royalties* por ser confrontante com a mesma plataforma de produção, que, segundo alega, está localizada no seu território (projeção territorial). O problema foi bem esmiuçado na sentença:

Em verdade, o Município-autor já recebe *royalties* por ser confrontante com o campo de petróleo no qual se situa a Plataforma de Piranema, e por tal razão recebe mensalmente *royalties* referentes à parcela de 5% (como integrante da zona de produção principal do Estado de Sergipe) e à parcela acima de 5% (como município confrontante com os campos de petróleo/gás natural).

Ou seja, conforme demonstra a ANP em sua contestação [...], o Município já recebe a compensação financeira por ser confrontante do campo no qual está instalada a Plataforma de Piranema.

Ora, como acolher a pretensão do Município de ser beneficiado por *royalties*, ao mesmo tempo como confrontante e como Município em cujo território encontra-se instalada a Plataforma de Piranema (?).

A interpretação que se impõe é que o Município, ou recebe a compensação por ser confrontante (o que já vem recebendo) ou por ter a Plataforma em seu território, sob pena de *bis in idem* pela mesma produção.

Ainda, pois, que, de acordo com o estudo do IBGE, a projeção sobre a plataforma continental seja considerada território do município, a questão que se apresenta é a seguinte: é possível que o município seja confrontante de instalação de embarque e desembarque situada em seu próprio território? Quer parecer que não, pois, tal raciocínio desconsidera qualquer ideia do que seja “confrontação”¹. A Lei 9.478/1997 não trata de “projeção territorial”, mas dá seguro indicativo de que não há se falar em “município confrontante” quando a lavra ocorre nos “estritos” limites do município:

Art. 49. A parcela do valor do royalty que exceder a cinco por cento da produção terá a seguinte distribuição: (Vide Lei nº 10.261, de 2001)

I - quando a lavra ocorrer em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres:

- a) cinquenta e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Estados onde ocorrer a produção;
- b) quinze por cento aos Municípios onde ocorrer a produção;
- c) sete inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP;
- d) 25% (vinte e cinco por cento) para a União, a ser destinado ao Fundo Social, instituído por esta Lei, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo; (Redação dada pela Lei nº 12.734, de 2012)

II - quando a lavra ocorrer na plataforma continental:

- a) 20% (vinte por cento) para os Estados confrontantes; (Redação dada pela Lei nº 12.734, de 2012)
- b) 17% (dezessete por cento) para os Municípios confrontantes e respectivas áreas geoeconômicas, conforme definido nos arts. 2o, 3o e 4o da Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986; (Redação dada pela Lei nº 12.734, de 2012)
- c) 3% (três por cento) para os Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, na forma e critério estabelecidos pela ANP; (Redação dada pela Lei nº 12.734, de 2012)
- d) 20% (vinte por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal, se for o caso, de acordo com os seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 12.734, de 2012)

O autor alega que, se a lei determina o pagamento de *royalties* pela confrontação e pela presença de instalação, não há se falar em *bis in idem*. O município, de fato, poderia receber *royalties* como confrontante de campo de produção e por abrigar instalação de embarque e desembarque em seu território (projeção territorial); a *cumulação*, que se pretende, é que incabível (impossível), tomados como referência a (mesma) plataforma e o território (incluída a projeção) do município.

Indefiro, por isso, o pedido de antecipação da tutela recursal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 15 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal João Batista Moreira, relator.

¹ CONFRONTAÇÃO. Derivado do verbo *confrontare*, com o significado de *frente a frente*, possui na linguagem jurídica sentidos vários, sendo os mais comuns: a) Na técnica forense, o ato pelo qual se faz a *comparação* de uma coisa com outra, a fim de que se anotem, entre original e cópia, por exemplo, ou entre uma perícia e outra, os pontos de contato ou de divergência, que possam existir entre eles. Possui, em tal caso, o sentido de *conferência*. Diz-se também, *confronto*. b) Na linguagem do Direito Civil, é aplicado geralmente no plural (*confrontações*), para indicar os limites entre dois prédios ou para indicar a situação de estar uma propriedade, mesmo separada pela rua ou pela estrada, defronte de uma outra. Assim se diz *os prédios se confrontam*, para indicar que se limitam, ou são vizinhos, ou para indicar que se encontram um em frente ao outro, sendo assim *fronteiriços*. c) No sentido das leis processuais, civil ou penal, designa o ato pelo qual se põe uma pessoa em presença da outra, sejam testemunhas, réus ou autores, para *confrontar* os seus depoimentos. Tem a significação igual à de *acareação*. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 202)

Agravado de Instrumento 0053457-54.2015.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses
 Agravante: Iveco Latin America Ltda.
 Advogados: Dr. Alberto Xavier e outros
 Agravada: Fazenda Nacional
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
 Publicação: e-DJF1 de 15/01/2016, p. 501

Decisão

Iveco Latin America Ltda. interpõe agravo de instrumento contra decisão que indeferiu o pedido de liminar nos autos do Mandado de Segurança 0047068-02.2015.4.01.3800, impetrado com o objetivo de eximir-se da obrigação de reter e recolher o Imposto de Renda sobre os pagamentos que faz às prestadoras de serviços técnicos e de assistência técnica, sem transferência de tecnologia e domiciliadas no exterior, vez que o Brasil possui tratados que impedem a bitributação entre os países em que a empresa mantém sede.

Ao decidir, sua excelência entendeu que, no caso em tela, não restou descaracterizada a incidência do Imposto de Renda sobre os pagamentos feitos às empresas domiciliadas no exterior, nos termos do art. 153, inciso III, da CF/1988 c/c o art. 43 do Código Tributário Nacional. Assenta seu entendimento, ainda, no art. 7º da Lei 9.779/1999, que definiu a fonte pagadora como responsável pela retenção e recolhimento do Imposto de Renda devido por empresas sediadas no exterior.

A agravante alega que o Brasil é signatário de tratado internacional a evitar dupla tributação, prevalecendo a convenção internacional sobre o regramento pátrio, nos termos do art. 98 do Código Tributário Nacional. Sustenta que, consoante os contratos que junta, é tomadora de serviços técnicos e de assistência técnica, com empresas sediadas na Itália e Espanha (países com os quais o Brasil tem tratado para evitar a dupla tributação), consoante o Decreto 76.975/1976 e o Decreto 85.985/1981, não podendo ser obrigada a reter e recolher o referido imposto, conforme entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.161.467.

É o relatório. Decido.

O entendimento jurisprudencial do egrégio Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, havendo tratado internacional a evitar dupla tributação, em que signatários o Brasil e o país onde domiciliada a prestadora de serviços, a contratante não será obrigada a reter e recolher o Imposto de Renda. Vejamos:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PREVALÊNCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS TRIBUTÁRIOS SOBRE A NORMA DE DIREITO INTERNO. CONCEITO DE LUCRO. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. EMPRESA COM SEDE NA ESPANHA E SEM ESTABELECIMENTO PERMANENTE INSTALADO NO BRASIL. TRATADO TRIBUTÁRIO CELEBRADO ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E O REINO DA ESPANHA. Decreto 76.975/76. COBRANÇA DE TRIBUTOS QUE DEVE SER EFETUADA NO PAÍS DE ORIGEM (ESPANHA). RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior orienta que as disposições dos Tratados Internacionais Tributários prevalecem sobre as normas jurídicas de Direito Interno, em razão da sua especificidade, ressalvada a supremacia da Carta Magna. Inteligência do art. 98 do CTN. Precedentes: RESP 1.161.467/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 1.6.2012; RESP 1.325.709/RJ, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 20.5.2014.

2. O Tratado Brasil-Espanha, objeto do Decreto 76.975/76, dispõe que os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis neste mesmo Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado por meio de um estabelecimento permanente aí situado.

3. O termo lucro da empresa estrangeira deve ser interpretado não como lucro real, mas como lucro operacional, como o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica, incluído, o rendimento pago como contrapartida de serviços prestados.

4. Parecer do MPF pelo conhecimento e provimento do recurso.

5. Recurso Especial da IBERDROLA ENERGIA S/A provido para assegurar o direito da recorrente de não sofrer a retenção de imposto de renda sobre a remuneração por ela percebida, nos termos que dispõe o Tratado Tributário firmado entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha.

(STJ, REsp 1272897/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 09/12/2015)

A agravante demonstra, por meio de contratos de prestação de serviços técnicos sem transferência de tecnologia, que tem negócios com empresas sediadas na Itália e Espanha, cujo Brasil tem tratados a evitar dupla tributação, convalidadas pelo Decreto 76.975/1976 (Espanha) e Decreto 85.985/1981 (Itália).

As normas internacionais em comento dispõem:

Artigo 7º Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. No último caso, os lucros da empresa serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.

No entendimento da jurisprudência anteriormente transcrita, a hipótese é a da regra do art. 98 do Código Tributário Nacional, que expressamente prevê: "*Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha*".

Assim, sendo as prestadoras de serviços em questão sediadas na Itália e Espanha, os seus lucros serão exclusivamente tributados em seus países de origem, nos termos do art. 7º do Decreto 76.975/1976 e do art. 7º do Decreto 85.985/1981.

O perigo de dano irreparável ou de difícil reparação reside na possibilidade real e efetiva da empresa agravante suportar nova incidência de tributo, cujo entendimento jurisprudencial, no momento, é diverso. Decerto que tal exação se traduz em ônus financeiro desprovido de fundamentação jurídica, causando impacto negativo em suas contas.

Assim, diante do quanto acima exposto e presentes os requisitos legais, *concedo a antecipação dos efeitos da tutela recursal*, para suspender a obrigação da agravante em reter e recolher o Imposto de Renda das empresas prestadoras de serviços técnicos e de assistência técnica, sem transferência de tecnologia, cujos contratos constam elencados nos autos.

Comunique-se.

Vista à(s) agravada(s) para contrarrazões.

Publique-se e intime-se.

Após, voltem-me conclusos.

Brasília, 17 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal *Hercules Fajoses*, relator.

Agravo de Instrumento 0065166-86.2015.4.01.0000/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Agravante: NC Brasil Ltda.
Advogados: Dra. Ilana Fried Benjo e outros
Agravada: Fazenda Nacional
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
Publicação: e-DJF1 de 26/01/2016, p. 1.395

Decisão

Neste agravo de instrumento, interposto com pedido de antecipação de tutela recursal, pretende NC Brasil Ltda. a reforma da decisão proferida pelo Juízo da 17ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da Ação de Rito Ordinário 63346-17.2015.4.01.3400, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela em que se objetiva a liberação das mercadorias descritas na Declaração de Importação 15/0906188-8.

A agravante relata que suas mercadorias foram retidas pelo Fisco em função de ter, supostamente, tentado ocultar 8.000 unidades de aparelhos celulares, aparelhos esses, segundo o Fisco, não autorizados para comercialização pela Anatel e com selos falsos, por não indicarem os fabricantes corretos.

Informa que a quantidade de aparelhos celulares indicados na Declaração de Importação – DI é igual a constante do contêiner.

Afirma que a alegada ocultação de aparelhos decorreu de erro na emissão de fatura entregue para conferência prévia ao registro da DI, onde constou o número de embalagens montadas e não de celulares, uma vez que cada embalagem comporta três aparelhos, por isso a informação de 4.000 embalagens, que equivale a 12.000 unidades de celulares.

Alega que ao perceber o erro, antes da apreensão ou determinação fiscal, solicitou a correção da fatura ao exportador e registrou a DI e recolheu os impostos com base nos dados corretos.

Assevera que possui certificado de conformidade técnica da Anatel de todos os seus produtos importados, conforme documentos que junta aos autos e endereço no *site* da Anatel que indica.

Admite que cometeu equívoco em relação à impressão dos selos da Anatel que vem colado nos aparelhos, pois foi afixado o selo do nome de uma unidade fabril homologada em lugar de outra, também homologada. Alega que isso ocorreu por ter sido enviado modelo errado de selo para a Union Success Development Limited, o que considera não ser suficiente para a decretação de perdimento de suas mercadorias, pois, caso a Anatel entenda necessário, é possível a retificação dos selos.

Requer, assim, a liberação de todas as mercadorias declaradas na DI 15/0906188-8, mediante garantia, consubstanciada na hipoteca legal do imóvel localizado na Rua Jornalista Henrique Cordeiro 20, apto 1.503, Bloco 1, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro. Ou, sucessivamente, requer a liberação das mercadorias declaradas na referida DI, mediante garantia, exceto dos 8 mil aparelhos celulares que a alfândega entende terem sido ocultados.

Este agravo de instrumento veio-me concluso em 23/11/2015.

Decido.

Recebo o agravo como de instrumento, nos termos do art. 522 do CPC, na redação dada pela Lei 11.187/2005.

Preliminarmente, inaplicável ao caso em tela, cuja origem é ação pelo rito ordinário, a vedação contida no art. 7º, § 2º, da Lei 12.016/2009, que trata especificamente de liminar em mandado de segurança.

Acrescento, ainda, que a *vedação constante no art. 1º da Lei 2.770/1956 trata da liberação “incondicionada” de mercadorias (por força apenas da ordem judicial em si: liminar ou antecipação de tutela), ou, em todo o caso, de mercadorias “proibidas”, não referindo aos casos em que haja prévia prestação de garantia equivalente. O próprio STJ, quando em vez, flexibiliza o comando do art. 1º da Lei 2.770/1956 ante o poder geral de cautela atribuído aos juízes (TRF1ª, AG 0059168-79.2011.4.01.0000/DF, relator Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, e-DJF1 de 1º/03/2013).*

Relata a Fazenda Nacional, em manifestação nos autos originários — fls. 211-213 — que 8.000 aparelhos celulares estavam ocultos, *pois em cada caixa que deveria ter apenas um aparelho acrescido de seus acessórios tradicionais [...], havia, na verdade, 3 (três) aparelhos celulares, sendo que duas unidades estavam ocultas ocupando o lugar dos acessórios tradicionais.*

Acrescenta, ainda, que *as mercadorias apreendidas não possuíam autorização da Anatel para comercialização no país.*

Por fim, recusou o bem oferecido em caução ao argumento de que não há avaliação atualizada do bem, carnê do IPTU e autorização do proprietário do bem para o oferecimento em garantia.

As mercadorias da agravante foram submetidas a procedimento especial aduaneiro, em decorrência da importação de mercadorias, tendo o auto de infração sugerido a pena de perdimento, nos termos do art. 23, IV, § 1º, do Decreto-lei 1.455/1976.

Quanto à pena de perdimento, o art. 23 do Decreto-Lei 1.455/1976 assim dispõe:

Art 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

[...]

IV – enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas a e b do parágrafo único do artigo 104 e nos incisos I a XIX do artigo 105, do Decreto-lei número 37, de 18 de novembro de 1966;

§ 1º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias.

O Decreto-Lei 37/1966, por sua vez, no que interessa ao presente caso, assim dispõe:

Art. 105 – Aplica-se a pena de perda da mercadoria:

[...]

VI – estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembarque tiver sido falsificado ou adulterado;

[...]

VIII – estrangeira que apresente característica essencial falsificada ou adulterada, que impeça ou dificulte sua identificação, ainda que a falsificação ou a adulteração não influa no seu tratamento tributário ou cambial;

[...]

XVIII – estrangeira, acondicionada sob fundo falso, ou de qualquer modo oculta;

A verossimilhança das alegações está no fato de que a agravante regularmente importa os bens indispensáveis à sua atividade empresarial, de forma que, enquanto pendente a discussão judicial acerca da regularidade da pena de perdimento determinada administrativamente, não se mostra razoável que a empresa seja alijada de seus bens.

A medida extrema de perdimento dos bens em favor da União, nos moldes do art. 23, IV, do Decreto-Lei 1.455/1976, somente se mostra cabível quando plenamente demonstrada a falsificação do documento e o dolo no transporte de mercadorias de modo oculto, o que será verificado durante a instrução processual.

Entendimento do qual coaduno, o TRF da 4ª Região, no julgamento da AMS 200370080009600/PR, rel. Desembargador Federal Antonio Albino Ramos de Oliveira, DJ de 27/4/2005, ressaltou: *garantido, pela Constituição, o direito de propriedade, sua perda só poderá se dar nos estritos casos previstos na própria Carta. O confisco, caracterizando-se como a mais severa das penalidades patrimoniais, exige a certeza quanto à ocorrência da infração, não se podendo fundar em meras suspeitas ou presunções.*

Reconheço o caráter educativo da medida de perdimento de bens, haja vista que, efetivada a medida, após o devido e necessário processo legal, o contribuinte, ao menos em princípio, passará a proceder de forma correta, a fim de evitar novo prejuízo de tamanho vulto.

Afigura-se plausível, por outro lado, a liberação dos bens mediante caução evita, igualmente, o seu perecimento, a despesa com sua guarda e conservação, a realização de leilões, em que dificilmente se alcançaria o montante desejado com o passar do tempo, entre outras coisas. Garante, ainda, o cumprimento do princípio fundamental de que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal.

Corroboram esse entendimento os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA DESEMBARAÇO ADUANEIRO DE MERCADORIA IMPORTADA INDEFERIDA - OFERECIMENTO DE GARANTIA (DEPÓSITO EM DINHEIRO) - AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1 - A internação de mercadoria apreendida em procedimento fiscalizatório é possível mediante apresentação de garantia (depósito judicial em dinheiro) - art. 7º da IN/SRF n. 228, de 21/10/2002.

2 - A vedação constante no art. 1º da Lei nº 2.770/56 trata da liberação “incondicionada” de mercadorias (por força apenas da ordem judicial em si: liminar ou antecipação de tutela), ou, em todo o caso, de mercadorias “proibidas”, não referindo aos casos em que haja prévia prestação de garantia equivalente. O próprio STJ, quando em vez, flexibiliza o comando do art. 1º da Lei nº 2.770/56 ante o poder geral de cautela atribuído aos juízes.

3 - A comprovação de que as mercadorias são de uso comum na consecução da atividade empresarial da agravada (não se trata de produtos proibidos ou ilícitos) é circunstância que merece ponderação por parte do julgador ao analisar a viabilidade ou não de sua liberação.

4 - Agravo de instrumento provido: determinar a liberação das mercadorias mediante apresentação de garantia.

5 - Peças liberadas pelo Relator, Brasília, 18 de fevereiro de 2013. , para publicação do acórdão.

(TRF1ª, AG 59168-79.2011.4.01.0000/DF, rel. desembargador federal Luciano Tolentino Amaral, 7ª Turma, e-DJF1 de 1/3/2013 – sem grifos no original).

TRIBUTÁRIO, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - MEDIDA CAUTELAR - IMPORTAÇÃO - DESEMBARAÇO ADUANEIRO - CAUÇÃO DE VALOR CORRESPONDENTE AO DAS MERCADORIAS - POSSIBILIDADE.

a) Recurso - Agravo de Instrumento em Ação Cautelar.

b) Decisão de origem - Indeferida liberação de mercadorias importadas mediante caução.

1 - Não existe impedimento ao oferecimento de caução para viabilizar a liberação das mercadorias altercadas porque ela é destinada aos cofres da Agravada e, comprovada qualquer irregularidade na importação, com a eventual aplicação da pena de perdimento, nenhum prejuízo lhe será causado e, ainda, terá a vantagem de não necessitar realizar leilão delas.

2 - Agravo de Instrumento provido.

3 - Decisão reformada.

(TRF1ª, AG 2007.01.00.049004-2/DF, rel. desembargador federal Catão Alves, 7ª Turma, e-DJF1 de 5/11/2010, p.175 – sem grifos no original).

In casu, não se trata de importação de produto cuja internação seja proibida, e o depósito do valor integral do bem garantirá o cumprimento equivalente ao perdimento acaso a agravante não seja vencedora ao final, o que caracteriza a reversibilidade da medida.

Ante o exposto, *dou provimento ao agravo de instrumento*, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC, a fim de determinar a imediata liberação das mercadorias descritas na DI 15/0906188-8, mediante garantia, consubstanciada na hipoteca legal do imóvel localizado na Rua Jornalista Henrique Cordeiro 20, apto 1.503, Bloco 1, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, desde que demonstrada a propriedade do imóvel ou a autorização do proprietário para tal fim.

Comunique-se ao juiz *a quo* para que dê cumprimento imediato a esta decisão.

Publique-se. Intime-se.

Decorrido o prazo legal, arquivem-se os autos.

Brasília, 16 de dezembro de 2015.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Recurso Especial em Apelação Criminal 0004370-06.2014.4.01.3803/MG

Relator: Desembargador Federal Presidente
 Recorrente: Allef Henrique Silva e Souza
 Advogado: Dr. Edson Gonçalves de Melo Júnior
 Recorrida: Justiça Pública
 Procurador: Dr. Cléber Eustáquio Neves
 Publicação: e-DJF1 de 15/01/2016, p. 40

Decisão

Trata-se de recurso especial interposto por Allef Henrique Silva e Souza, com fundamento em permissivo constitucional, contra acórdão deste Tribunal que manteve a condenação do réu pela prática do delito do art. 33 c/c art. 40, I, da Lei 11.343/2006.

O recorrente alega, em suma, ofensa ao art. 59 do CP e art. 42 da Lei 11.343/2006, eis que o Tribunal incorreu em *bis in idem* ao considerar a quantidade de droga apreendida para majorar a pena-base, bem como para impedir a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 além de 1/6.

A jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça tem se firmado no sentido da impossibilidade de consideração da quantidade de droga na fixação da pena-base e, ao mesmo tempo, na fixação do *quantum* de redução de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Destaco nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. LIBERDADE. TEMA NÃO ENFRENTADO

NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA A NEGATIVA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O tema referente à possibilidade de concessão da liberdade ao paciente não foi apreciado pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Em recentes decisões proferidas em 19 de dezembro de 2013, nos autos dos HC's n.º 109.193/MG e n.º 112.776/MS, ambos de relatoria do Ministro Teori Zavaski, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que a utilização da quantidade e/ou qualidade da droga tanto no estabelecimento da pena-base como na aplicação do redutor descrito do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 caracteriza bis in idem, entendimento este que, embora não seja dotado de caráter vinculante, deve também ser adotado por esta Corte, em homenagem aos princípios da isonomia e da individualização da pena. No momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade e à natureza da droga devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso bis in idem.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de determinar que o magistrado de primeiro grau proceda à nova dosimetria da pena do paciente, utilizando a quantidade da droga em somente uma das etapas do cálculo da pena.

(HC 282.559/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 09/09/2014)

Exceção tem sido feita quando apenas um dos critérios (natureza ou quantidade) é considerado em cada uma das fases da dosimetria, a fim de evitar o *bis in idem*:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. DEMAIS FUNDAMENTOS. ALUSÃO A ELEMENTOS GENÉRICOS. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. PACIENTE "QUE FIGURA NA PONTA DE UMA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA INTERNACIONAL". AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO- PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, VII. AFASTAMENTO. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE E QUANTUM DE AUMENTO PELAS MAJORANTES. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTOS DISTINTOS. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009).

3. É legítima a exasperação da reprimenda em razão da quantidade da droga apreendida - 695 g de cocaína -, a teor do disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. Do mesmo modo, configura motivação idônea ensejar a majoração da sanção básica a referência às circunstâncias concretas do delito, a saber, o aliciamento de "mula", a maneira de acondicionamento da droga (no interior do organismo da "mula"), "tudo adredemente preparado visando dificultar a fiscalização dos agentes federais brasileiros".

4. Na espécie, verifica-se flagrante ilegalidade no tocante às circunstâncias judiciais referentes à personalidade, aos motivos, às consequências do crime e ao comportamento da vítima, pois não podem ser aferidas de modo desfavorável, notadamente porque, na espécie, não arrola o juiz elementos concretos dos autos, retirados do delito em apreço, para dar suporte às suas considerações.

5. Concluído pelo Tribunal de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente "não pode ser considerado um pequeno traficante, havendo indícios suficientes de que figura na ponta de uma organização criminosa internacional munida de aparato para a aquisição e preparo da droga, embalagem, transporte e distribuição, cuidando do agenciamento de 'mulas' e de todos os detalhes de sua viagem e recepção", não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

6. O pleito de afastamento da majorante do art. 40, inciso VII da Lei n.º 11.343/2006 não foi apreciado pelo Tribunal a quo, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

7. Não há falar em bis in idem na majoração da pena-base e na fixação do quantum de aplicação das causas de aumento de pena previstas no art. 40, incisos I e VII, da Lei n.º 11.343/2006, haja vista que, na primeira fase da dosimetria foi

considerada, pelo Juízo de primeiro grau, a quantidade da droga e, na terceira fase, quando da aplicação das majorantes, foi destacada a natureza do entorpecente apreendido, fundamentos distintos.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º 2007.61.19.002330-9, para 8 anos e 9 meses de reclusão e 875 dias-multa, mantidas as demais cominações da condenação.

(HC 254.779/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 30/05/2014)

HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO DO RECURSO ORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REABERTURA DO PRAZO PARA RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO OCORRÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE UM MESMO ARGUMENTO EM DUAS ETAPAS DO CÁLCULO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DE PENAS NO TRÁFICO. POSSIBILIDADE. CARÁTER HEDIONDO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990, atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. O art. 59 do Código Penal elenca oito circunstâncias para orientar a atividade do magistrado na primeira fase de dosimetria das penas, e, se quaisquer das circunstâncias judiciais aferidas indicar maior desvalor da conduta, está o sentenciante autorizado a elevar a pena-base, observando a proporcionalidade e a razoabilidade do aumento, o qual deve apenas estar devidamente justificado, não podendo ficar limitado a uma fração ou percentual. No caso, o aumento estabelecido foi feito com base na natureza e na quantidade de drogas apreendidas com os pacientes, não merecendo nenhuma censura.

3. Este Tribunal sedimentou o entendimento de que, para a configuração da atenuante da confissão espontânea, o réu deve admitir a autoria do fato criminoso que lhe é imputado.

4. A utilização de um mesmo argumento (referente à natureza e à quantidade das drogas) em duas fases do cálculo da pena caracteriza dupla punição pelo mesmo fato, devendo o Juiz de piso escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, mas apenas em uma fase, consoante recente entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal.

5. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES), possibilitando aos condenados por crime de tráfico de drogas cumprirem pena em regime prisional inicial diverso do fechado.

6. O Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, previstas no § 4º do art. 33 e também no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, por afronta ao princípio da individualização da pena, o que resultou na edição da Resolução n. 5/2012 do Senado Federal, pela qual foi suspensa a execução da referida regra. Assim, deve o magistrado se orientar pelo art. 44 do Código Penal para negar a substituição de penas ao condenado pelo crime de tráfico.

7. A incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/2006 não retira o caráter hediondo do delito de tráfico.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para que o Juízo de primeiro grau refaça a dosimetria das penas dos pacientes e do corréu em situação idêntica.

(HC 284.245/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 22/05/2014)

Ante o exposto, *admito* o recurso especial.

Intimem-se.

Brasília, 17 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*, Presidente.

Agravo de Instrumento 0069497-14.2015.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses
Agravante: Município de Ibipitanga – BA
Procuradores: Dra. Deborah Cardoso Guirra e outros
Advogada: Dra. Lilian Maria Santiago Reis
Agravada: Fazenda Nacional
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
Publicação: e-DJF1 de 15/01/2016, p. 531

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Ibipitanga – BA e por Deborah Cardoso Guirra, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão que determinou o cancelamento dos precatórios que foram expedidos nos autos da Ação Ordinária 2003.33.00.030016-5, bem como arbitrou o pagamento de multa por atraso na devolução do precatório referente aos honorários de sucumbência.

Em primeira decisão, em 30 de novembro de 2015, o magistrado de primeiro grau, reconhecendo a litispendência entre ações propostas pelo município agravante, nas quais pleiteia diferenças de valores do extinto Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério – Fundef em trâmite na Seção Judiciária da Bahia (2003.33.00.030016-5) e na Subseção Judiciária de Guanambi-BA (2006.33.09.000057-9), destacou que:

Malgrado o pedido do município tenha se adstrito nesta demanda ao pagamento dos valores repassados a menor por aluno entre 1998 a 2002, observa-se que nos autos nº 2006.33.09.000057- foi a ele reconhecido o direito ao repasse do numerário de 1998 a 2005, razão pela qual, ainda que considerado o decotamento das parcelas ali prescritas, há interseção parcial da verba exequenda. Neste aspecto, o proceder do município-exequente ao postular o pagamento em execuções distintas de verba alusiva a idêntico período e derivada de igual fundamento jurídico configura ato atentatório ao exercício da jurisdição ex vi do artigo 14, incisos I e II, do Código de Processo Civil. Por isso, com apoio no seu parágrafo único, ante a acentuada gravidade do doloso e desleal comportamento processual para receber em duplicidade recursos públicos, inclusive com precatórios já expedidos e aguardando apenas o pagamento, impondo ao município-exequente multa equivalente a quinze por cento do valor atribuído à causa, fls. 970. Ante o fundado risco de duplicidade de pagamento, oficie-se ao Presidente do Tribunal Regional da 1ª Região para que proceda ao cancelamento das requisições de pagamento de fls. 446/449. Oficie-se ao Juízo da Subseção Judiciária de Guanambi, encaminhando-se cópia desta decisão, dando-lhe ciência da alegada identidade entre a demanda ali proposta (autos nº 2006.33.00.030016-5), para os fins cabíveis, bem como para informar as providências adotadas quanto ao andamento das requisições de pagamento nºs 82 e 83/2014, tendo por beneficiários o Município de Ibipitanga e José Wanderley Oliveira Gomes. (fl. 29)

Em 7 de dezembro de 2015, em razão da informação de levantamento dos valores relativos à verba de sucumbência, o magistrado *a quo* proferiu nova decisão, na qual determinou que:

Em vista da informação de que a advogada já levantou o montante dos honorários e a decisão que sobrestou o seu pagamento, intime-se a advogada Déborah Cardoso Guirra para proceder à sua restituição, em cinco dias, sob pena de imposição de multa de vinte por cento do valor da causa, com fundamento no artigo 14, incisos I, II e V, do CPC, aplicável ao causídico eis que funciona como parte exequente na cobrança da verba advocatícia, ante a evidente má-fé processual, sem prejuízo de oficiar-se ao MPF para adotar as providências administrativas e penais cabíveis. (fl. 31)

Os agravantes alegam que os precatórios foram regularmente expedidos, sustentando a não ocorrência de litispendência; a ausência de má-fé da segunda agravante (vez que agiu de acordo com a lei e o quanto determinado nos autos); a ocorrência de ofensa à coisa julgada; a inexistência de prejuízo à União (considerando que eventual compensação ou sustação de pagamento deve ser procedida nos autos da ação ajuizada posteriormente e com pendência de liberação do precatório correspondente).

Destacam, ainda, que a propositura da segunda ação que ensejou o reconhecimento de litispendência ocorreu em momento posterior, por patrono e por representante municipal distintos da primeira ação (Processo 2006.33.09.000057-9), o que impõe o restabelecimento do precatório cancelado e, conseqüentemente, o afastamento da multa aplicada também ao município.

Salientando a sua boa-fé, aduzem que o seu título judicial transitado em julgado não pode ser prejudicado pelo ajuizamento de ação posterior.

Defendem a regularidade do pagamento dos precatórios e pugnam pela cassação das decisões agravadas.

É o relatório.

Decido.

No que se refere ao pedido de reforma da decisão que determinou o cancelamento do precatório expedido em favor do município observo que, em exame preliminar, poderá ocorrer risco de pagamento em duplicidade, como destacou o juiz *a quo* na decisão agravada, *verbis*:

Malgrado o pedido do município tenha se adstrito nesta demanda ao pagamento dos valores repassados a menor por aluno entre 1998 e 2002, observa-se que nos autos nº 2006.33.09.000057-9 foi a ele reconhecido o direito ao repasse do numerário de 1998 a 2005, razão pela qual, ainda que considerado o decotamento das parcelas ali prescritas, há interseção parcial da verba exequenda. (fl. 29).

Assim, não se vislumbra, *prima facie*, ilegalidade na determinação de cancelamento da requisição de pagamento dos valores devidos ao município.

Entretanto, a aplicação imediata da multa determinada pelo juízo *a quo* antes da manifestação do Juízo da Subseção Judiciária de Guanambi/BA é medida extrema que não merece acolhida na presente fase processual.

Ademais, inexistente prejuízo em sua aplicação, se for o caso, em momento posterior, considerando-se o princípio da solvabilidade.

Quanto ao pedido de declaração da legalidade do levantamento dos valores pela agravante Deborah Cardoso Guirra, a título de honorários sucumbenciais, verifico que dos documentos acostados aos autos foi emitida requisição de pagamento em 23/08/2013, em razão de decisão já transitada em julgado e importe reconhecido pela União (fls. 47 a 51). Sem impugnação, foi determinado pagamento da obrigação pecuniária pela douta juíza oficiante (fl. 52) em 16/09/2013.

Em 25 de setembro de 2015 foi noticiada pela União a existência de duplicidade de ações com mesmo intento. (fls. 53-54)

Anexada petição inicial da ação proposta em momento posterior, que indica patrono distinto, bem como a inclusão de procuração comprovando a ausência de identidade dos causídicos.

Anexada à fl. 112 requisição relativa ao Precatório 238649-82.2013.4.01.9198/BA com liberação do importe relativo à sucumbência em 24/11/2015.

Em atendimento à solicitação do juízo de primeiro grau foi informado pela Coordenadoria de Execução Judicial – Corej (fl. 110) que o valor da Requisição 69/2013 foi levantado em 27 de novembro de 2015.

Ocorre que a decisão que determinou o cancelamento das requisições de pagamento foi proferida em 30 de novembro de 2011 e, juntamente com o despacho de determinação de devolução dos valores (*datado de 7 de dezembro de 2015*), somente foram conhecidos pela segunda agravante em 10 de dezembro de 2015, quando se deu por intimada, conforme comprova a certidão de fl. 32, emitida pela Secretaria da 10ª Vara da Seção Judiciária da Bahia.

Assim, verifico que o levantamento dos valores ocorreu no regular processamento de ação já transitada em julgado.

Não há razão para a devolução da verba honorária levantada pela agravante Déborah Cardoso Guirra, pois decorrem do desempenho de seu trabalho na defesa dos interesses do agravante. Com efeito, os honorários constituem direito autônomo do advogado, como ilustra o precedente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - FGTS - TERMO DE ADESÃO - LC 110/2001 - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - DIREITO AUTÔNOMO DO PATRONO - ART. 5º, XXXVI, DA CARTA MAGNA - DIREITO ADQUIRIDO - ATO JURÍDICO PERFEITO - COISA JULGADA - VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONFORME RECONHECIDO PELO ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO - AGRAVO IMPROVIDO.

1. No que diz respeito à agravada Leda Cristina Prates Vicenzetto, o fato de já haver sido contemplada com o crédito do índice de abril/90, em razão de condenação havida em processo movido pelo sindicato de sua categoria profissional, qual seja, processo nº 93.0004667-5, não impede o recebimento dos honorários advocatícios na ação individual, tendo em vista

que nos termos do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais.

2. Quanto à agravada Versa Gerusa de Faria, observo dos documentos acostados aos autos, que a mesma sem a assistência de seu patrono, aderiu, em data posterior ao trânsito em julgado da r. sentença, ao pagamento parcelado das diferenças do FGTS, reconhecidas judicialmente, decorrentes da incidência de índices de inflação expurgados, a teor da Lei Complementar nº 110/2001, de modo que deve prosseguir a execução quanto aos honorários advocatícios decorrentes da condenação.

3. No que se refere sobre qual valor incidirá a verba honorária, é certo que dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 133, que o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

4. A Lei nº 8.906/94 - Estatuto da OAB - dispõe, no artigo 23, que os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

5. O acordo extrajudicial celebrado entre as partes, sem a presença do advogado, não atinge os honorários advocatícios, já arbitrados em sentença transitada em julgado, nos termos do art. 24, § 4º, da Lei nº 8906/94.

6. Por força do princípio inserto no inciso XXXVI do artigo 5º da Lei Maior, assegurando que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, a jurisprudência tem se consolidado no sentido de que, após o trânsito em julgado da decisão que fixou a sucumbência, a parte não mais poderá dispor sobre a verba honorária, tendo em vista que o respectivo valor, a partir de então, integra o patrimônio do profissional.

7. Portanto, ser assegurado, ao patrono da agravada Vera Gerusa de Faria, o pagamento dos honorários, tal como reconhecidos pelo acórdão transitado em julgado, e não calculados sobre os valores que foram transacionados, na medida em que, a modificação da base de cálculo de tal verba violaria a coisa julgada, sendo certo, pois, que o título exequendo a fixou no percentual de 10% sobre o montante da condenação.

10. Dessa forma, a decisão exequenda não se afigura como extra petita ou ultra petita, nem violou norma prevista no artigo 460 do Código de Processo Civil, havendo devida correlação entre a demanda e a sentença.

11. Agravo de instrumento improvido.

(AI 00151975320124030000, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/11/2014 FONTE_REPUBLICACAO:.)

HONORÁRIOS DE ADVOGADO. DIREITO PRÓPRIO. REQUISICÃO DE PEQUENO VALOR.

Os honorários, sejam contratuais, sejam resultantes da sucumbência, constituem direito do advogado, direito autônomo, que não pode ser confundido com o direito da parte, tal como dispõe a Lei nº 8.906, de 1994 (arts. 22 e 23). Os honorários sucumbenciais não são acessórios da condenação, formando capítulo à parte que tem força de título executivo judicial, apto a uma execução individualizada. A iniciativa do advogado que exerce essa prerrogativa não constitui quebra da execução (L. 8.213/91, art. 128, § 1º e L. 10.259, art. 17, § 3º), nem fracionamento do precatório ou da requisição de pagamento (que não existem nesse momento). Recurso especial conhecido, mas desprovido.

(RESP nº 1335366, rel. Min. Ari Pargendler, DJE de 12/12/2012, RSTJ VOL.: 00229, pág. 00165).

Observo, ainda, que o juiz *a quo* não descreve nenhum ato de má-fé praticado pela referida advogada ou por advogado que com ela tenha algum interesse ou relação profissional, inexistindo em nosso sistema normativo pátrio a figura da “má-fé presumida”.

O perigo de dano irreparável ou de difícil reparação reside na impossibilidade de devolução de valores que já integram o patrimônio do advogado, cujo levantamento ocorreu em regular atendimento dos trâmites processuais e no regular exercício profissional.

Ademais, a verossimilhança do direito alegado, ao menos em cognição sumária, está presente e se materializa na própria documentação acostada a qual se presta, nesta fase processual, a dar suporte ao legítimo exercício de sua profissão.

Ante o exposto, *concedo em parte a antecipação dos efeitos da tutela recursal* para suspender os efeitos da decisão agravada, tão somente no tocante à imposição de multa ao Município de Ibipitanga – BA e à determinação de devolução dos honorários de sucumbência, à imposição da respectiva multa, bem como no que diz respeito à expedição de ofício ao Ministério Público Federal.

Vista à agravada para contrarrazões, no prazo legal.

Intimem-se. Oficie-se.

Cumpra-se com urgência.

Brasília, 16 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal *Hercules Fajoses*, relator.

Agravamento de Instrumento 0049058-79.2015.4.01.0000/MG

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão
 Agravante: Rima Energética Ltda. – ME
 Advogados: Dr. Max Lansky e outros
 Agravada: União Federal
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
 Publicação: e-DJF1 de 15/01/2016, p. 494

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da pretensão recursal, interposto por Rima Energética Ltda. – ME contra a decisão proferida pelo MM. juiz federal da 17ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais que, nos autos de ação sob o rito ordinário ajuizada em desfavor da União, indeferiu antecipação dos efeitos da tutela por meio da qual pretende a suspensão da aplicação das disposições previstas nos arts. 2º e 3º e no Anexo da Resolução CNPE 3/2013, que tratam do rateio dos custos dos encargos do sistema por segurança energética.

A agravante alega, em síntese, que a Resolução CNPE 3/2013, especialmente seus arts. 2º e 3º, deixou de observar os requisitos formais e materiais para alterar a política tarifária e criar subsídios; que o ato normativo impugnado transferiu para os agentes comercializadores e geradores (agentes de mercado) os custos/encargos do acionamento das termelétricas até então suportados pelos consumidores; que o ato administrativo viola reserva de lei da política tarifária do art. 175, III, da Constituição, e usurpa a competência do Congresso Nacional para criar subsídios, sem previsão de compensação econômico-financeira; e que houve a subtração de vultosos recursos financeiros, que poderiam ser utilizados em investimentos e na melhoria dos serviços prestados.

O Código de Processo Civil, em seu art. 557, *caput*, possibilita ao relator, mediante decisão monocrática, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Já o § 1º do mesmo artigo legal possibilita, lado outro, o provimento do apelo, caso a decisão recorrida esteja em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Confira:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º - A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Estas prerrogativas concedidas ao relator visam, justamente, a atender aos princípios da economia e celeridade processual. Assim, cabe a esta magistrada antecipar a análise do recurso, sem a necessidade de levá-lo à apreciação dos demais componentes da Turma, quando presentes os requisitos do art. 557 do CPC.

Verifico que o Exmo. Juiz Federal André Gonçalves de Oliveira Salce bem examinou a situação fática ora em apreço em suas decisões, cujos bem lançados fundamentos adoto como razão de decidir:

A controvérsia posta nos presentes autos gira basicamente em saber a respeito da legalidade ou não da Resolução n. 03, de 06/03/2013, do Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, que, além de outras providências, ao estabelecer as diretrizes para a internalização de mecanismos de aversão a risco nos programas computacionais para estudos energéticos e formação de preços, impôs a todos os agentes do mercado de energia elétrica a participação no rateio dos custos financeiros inerentes às despesas relativas ao Encargo de Serviços de Sistema por motivo de segurança energética.

A respeito do princípio da legalidade, impende enfatizar, por primeiro, a lição do ilustre professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, do Largo do São Francisco, in Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Volume 1 – Arts. 1º a 103, São Paulo, Saraiva, 2000, 3ª edição, p. 28/30, verbis:

“Princípio da legalidade. Aqui se enuncia a base fundamental do estado de direito (v. meu Estado de direito e Constituição, cit.).

A importância desse princípio no sistema constitucional não pode ser exageradamente exaltada. De fato, está ele no cerne da construção, que é a democracia representativa, cujo objeto não é o engrandecimento do Estado, mas a liberdade dos homens.

Realmente, na fórmula célebre de Montesquieu, “a liberdade é o direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem” (De l’ esprit des lois, Livro 11, Cap. 3). Desse modo, apenas as leis podem circunscrever e limitar a liberdade. É o que está explicitamente no art. 4º da Declaração de 1789: “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos pela lei”.

Essa missão emprestada à lei resulta de uma concepção bem clara e definida a seu respeito. Para Montesquieu, como para os principais autores da Revolução Francesa, a supremacia da lei é o primado da razão, conseqüentemente da justiça. O direito, para eles, não é criação arbitrária, fruto de qualquer “volonté momentanée et capricieuse” (De l’ esprit des lois, cit., Livro 2, Cap. 4). É a descoberta do justo pela razão dos representantes. Conseqüentemente, “a lei não tem o direito de vedar senão as ações prejudiciais à sociedade” (Declaração de 1789, art. 5.º, primeira parte; cf. nosso Do processo legislativo, n. 32).

A evolução do pensamento político alterou o fundamento do princípio da legalidade, mas não lhe retirou a força. Manteve-se arraigada a idéia de que só a lei pode limitar e restringir a liberdade natural, que só ela pode comandar que se faça ou que não se faça alguma coisa. Tal determinação, porém, não mais se justificava na confiança de que a lei traduzisse necessariamente um ditame de razão e de justiça. Fundava-se no princípio democrático. Apenas a lei pode circunscrever a liberdade porque é ela a expressão por excelência da vontade do povo, sendo estabelecida pelo Parlamento que o representa. Dessa forma, o princípio da legalidade é inerente à democracia.

Conseqüências do princípio da legalidade. Se é reservado à lei determinar que se faça ou que não se faça alguma coisa, forçoso é reconhecer que os próprios poderes do Estado somente podem atuar dentro do campo estabelecido pela lei e segundo seus ditames. A Administração Pública e os órgãos jurisdicionais hão de aplicar a lei, o que significa que sua função vai, essencialmente, resumir-se em transformar em comandos individuais as ordens genéricas da lei, do legislador. Assim, Executivo e Judiciário não podem criar obrigações novas nem reconhecer direitos novos. Sua ação se limita ao cumprimento da lei.

Isso, aliás, é exatamente o pretendido pela separação de poderes. A divisão funcional do poder, em sua fórmula clássica, prevê um poder que estabelece a lei – o Legislativo – e dois outros que a aplicam – o Executivo e o Judiciário, este contenciosamente (De l’ esprit des lois, cit., Livro 11, Cap. 6; cf. nosso Do processo legislativo, cit., n. 70 e 71).

Por outro lado, o princípio da legalidade é o princípio da liberdade para os indivíduos em geral. Com efeito, na falta de lei, estão eles livres para fazer, ou deixar de fazer, o que bem lhes parecer.

Lei. O termo lei, ainda na Constituição de 1946, era tomado na acepção de ato normativo, votado pelo Congresso Nacional, sancionado pelo Presidente da República (ou superado o veto deste por nova deliberação parlamentar), estabelecido, enfim, segundo um procedimento especial próprio à lei. Definia-se, portanto, formalmente, por um procedimento reservado, de tal modo que todo ato estabelecido por aquele canal e apenas os editados segundo essa caminho eram lei.

A Constituição vigente, contudo, prevê diferentes modalidades de ato normativo (v. art. 59). Não é mais a lei, no direito pátrio, o único ato normativo primário. Outros há, como a medida provisória, que também derivam diretamente da Constituição. São atos, pois, que, tanto quanto a lei, em sua eficácia, aparecem no primeiro nível dos atos resultantes da Constituição.

No texto em exame, lei não significa estritamente uma modalidade de ato normativo. Tem o sentido de gênero que abrange todos os atos normativos primários (v. os comentários ao art. 59, caput; cf. nosso Do processo legislativo, cit., n. 116). Assim, atende ao princípio de legalidade, podendo comandar que se faça ou que não se faça alguma coisa, todo ato normativo, editado imediatamente com base em competência constitucional, incluído no chamado processo legislativo, dentro de seu âmbito próprio. Entretanto, muitas vezes a Constituição veda a determinada modalidade de ato normativo certa matéria (v. art. 68, § 1º). Ou lhe reserva o dispor sobre certa matéria (v. art. 22, parágrafo único)."

De igual modo, a respeito da mesma temática, também merece lembrança a lição do professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, in Comentário Contextual à Constituição, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p. 485/486, verbis:

"Regulamento vinculado e regulamento autônomo – “Vinculado” é chamado o regulamento de determinada lei, desenvolvendo-lhe os princípios, estabelecendo os pormenores de sua execução. É este o regulamento que o Executivo baixa para fiel execução da lei, quer porque esta expressamente determine que o faça em determinado prazo, quer por sua iniciativa própria, quando o julgue indispensável ou conveniente”.

Mas também se discute sobre a possibilidade ou não de regulamento autônomo, isto é, uma forma de regulamentação que não se prenda a determinada lei; regulamento, esse, que dispõe por iniciativa própria. Geraldo Ataliba, em páginas excelentes sobre o poder regulamentar, rebelou-se contra a admissão do regulamento autônomo no Brasil.

Não chegamos a tal ponto de negar sua possibilidade. Os limites do regulamento são aqueles vistos acima. Desde que não os ultrapasse, pode o poder regulamentar atuar, visto que este é poder próprio, ínsito na esfera do Poder Executivo. Vale dizer, portanto, que, no âmbito da competência administrativa, sempre se pode regular determinada matéria independentemente de lei prévia. O princípio da legalidade é que fixa os limites do poder regulamentar. Desde que ele seja respeitado, o poder regulamentar é legítimo, quer atue em função de determinada lei, quer o faça independentemente de lei prévia.

O que é preciso é não confundir “princípio da legalidade” com “princípio da reserva de lei”. O primeiro significa a submissão e respeito à lei ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estabelecer que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. Ora, fora deste, pode atuar o poder regulamentar autônomo, respeitado aquele. Há uma esfera de competência genérica do Executivo, em cujo âmbito o poder regulamentar está autorizado a atuar, sem interferência do legislador. Nessa esfera ninguém desconhece que existe o poder discricionário do administrador, especialmente no exercício do poder de polícia. Pois bem, nessa área não se pode negar a possibilidade do regulamento autônomo.

O poder discricionário é poder legal. É poder que atua por autorização de uma legalidade genérica, e, pois, em respeito ao princípio da legalidade, mas fora do princípio da reserva de lei, tal como o regulamento autônomo. A regulamentação da esfera discricionária, longe de ser uma inconstitucionalidade ou um abuso, constitui um regramento do próprio poder administrativo.

Enfim, regulamentos autônomos são aqueles que demonstram a realidade de um poder regulamentar da Administração. Não há dúvida da existência deste poder quando se trata de regulamentos de organização, onde expressamente não se tenha reservado uma esfera à lei. É o que agora prevê o inciso VI deste art. 84, com a alteração introduzida pela Emenda Constitucional 32/2001. Não será regulamento ilegal se se limitar à esfera de competência própria e privativa do administrador.

Concluindo, a questão pode colocar-se nos termos do ensinamento de Émile Bouvier e Gaston Jèze: “O regulamento tem por função fixar os meios e os pormenores de aplicação da lei. A lei formula os princípios, e os regulamentos o desenvolvem. A lei põe a regra, e só a lei pode estabelecê-la. Jamais o regulamento estabelece uma regra absolutamente nova; deve apoiar-se sempre numa lei preexistente. Mesmo quando ele parece independente e original, não há aí senão uma aparência; no fundo, ele teve origem e fundamento em uma fórmula muito geral da lei, porque a lei se contenta em pôr um simples princípio, em dar uma simples indicação à autoridade investida do poder regulamentar.”

Limites à ação das agências reguladoras – O princípio é o de que, no sistema brasileiro, o poder regulamentar é de competência exclusiva do chefe do Poder Executivo. Autoridade alguma o pode substituir no exercício dessa competência, que, por natureza, é indelegável. Então, trata-se de verificar o significado da ação reguladora das agências do Poder Executivo. Antes de tudo, cumpre destacar um primeiro limite, que decorre do princípio da legalidade, não apenas da reserva específica de lei, porque, segundo o art. 25 do ADCT, as ações normativas do Congresso Nacional não podem ser exercidas por órgãos do Poder Executivo. Esse texto declarou revogados todos os dispositivos legais que atribuíam ou delegavam a tais órgãos competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a ação normativa e alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie. O prazo dessa revogação vem sendo sucessivamente prorrogado, ilegitimamente, mas isso não retira a ratio legis da norma, que é exatamente a de que a função normativa do Congresso não pode ser exercida por órgãos ou agências do Executivo – em consonância, aliás, com o disposto no art. 48. Outro limite é o de que a função regulamentar é de exclusiva competência do presidente da República. Como situar, então, a ação reguladora das agências reguladoras? Duas delas são constitucionalmente previstas. Uma por força da Emenda Constitucional 8/1995, que, modificando o art. 21, XI, da CF, ordenou que se criasse um órgão regulador para a disciplina dos serviços de telecomunicações, o que foi feito pela Lei 9.427/1997, que criou a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações; a outra por força da Emenda Constitucional 9/1995, que, alterando o art. 177, § 2º, III, previu que a lei dispusesse sobre a estrutura do órgão regulador do monopólio da União sobre os hidrocarbonetos. Outras foram criadas por lei com as mesmas características daquelas. São autarquias de regime especial destinadas a regular e fiscalizar atividades do setor a que se referem.

Se essas agências não podem criar normas legais nem têm poder regulamentar, que natureza tem sua ação reguladora? Temos, então, três tipos de normatividade: norma de lei, norma regulamentar e norma reguladora? Diogo de Figueiredo Moreira Neto o reconhece: “Assim, a norma reguladora, no sistema constitucional brasileiro, do mesmo modo que nos sistemas comparados, não compartilha da natureza da norma legal, nem, tampouco, da norma regulamentar, pois se trata de um terceiro gênero de ação normativa, que, distintamente daquelas formas impositivas puras, visa, antes de tudo, e preferentemente, à harmonização consensual dos interesses e ao equilíbrio das relações intersetoriais”.

Essa é uma doutrina aceitável, porque, como o mesmo autor lembrou, “as normas reguladoras não se destinam a impor imperativamente qualquer espécie de interesse público nas relações interprivadas, mas apenas a harmonizá-lo com todos os demais interesses juridicamente relevantes e protegidos referidos a determinados setores das atividades econômicas e sociais que foram legalmente identificados como sensíveis”. Por isso é que elas não são preceptivas de conduta, mas preceptivas de resultados, a serem atingidos com eficiência. Se assim é, não se pode dizer que se trate de normas, mas de simples diretrizes de uma política para o setor, aquilo que Dworkin chama de policy, “espécie de regra que define uma meta a ser alcançada, geralmente uma melhoria do aspecto econômico, político ou social da comunidade”. É nesse sentido que o art. 174 erige o Estado em agente regulador da atividade econômica; regulação que ele vem atribuindo às agências reguladoras.”

Ora, dispõe o art. 2º da Resolução n. 03/2013 – CNPE que “Por decisão do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE, extraordinariamente e com o objetivo de garantir o suprimento energético, o ONS poderá, adicionalmente ao indicado pelos programas computacionais, despachar recursos energéticos ou mudar o sentido do intercâmbio entre submercados.” Por seu turno, o § 5º do referido artigo, estabeleceu que “o custo do despacho adicional, referido no § 4º, será rateado entre todos os agentes de mercado, proporcionalmente à energia comercializada nos últimos doze meses, inclusive o mês corrente, de acordo com as normas vigentes, mediante processo de contabilização e liquidação da CCEE, e será cobrado

mediante Encargo de Serviços do Sistema por motivo de segurança energética, na forma do disposto no art. 59 do Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004.”

O Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, nos termos do art. 2º da Lei n. 9.478, de 06/08/1997, e art. 1º do Decreto n. 3.520, de 21/06/2000, é um órgão de assessoramento do Presidente da República, presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, tendo como atribuição, além de outras mais, propor ao Chefe do Poder Executivo a formulação de políticas nacionais e diretrizes de energia elétrica. Além disso, “deverá propor critérios gerais de garantia de suprimento, com vistas a assegurar o adequado equilíbrio entre confiabilidade de fornecimento e modicidade de tarifas e preços.” (art. 4º do Decreto n. 5.163, de 30/07/2004).

Nesse sentido, confira-se ementa de acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, *verbis*:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGENTES GERADORES DE ENERGIA EÓLICA. PARTICIPAÇÃO NO PAGAMENTO DE ENCARGO DESTINADO À COBERTURA DOS CUSTOS DO SERVIÇO DO SISTEMA INTERLIGADO NACIONAL (ENCARGOS DE SERVIÇO DE SISTEMA - ESS), JUNTAMENTE COMO OS CONSUMIDORES. RESOLUÇÃO N.º 03/2013, DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA. PARCELA. NATUREZA JURÍDICA DE PREÇO PÚBLICO. POLÍTICA TARIFÁRIA. SUJEIÇÃO À RESERVA LEGAL. ART. 175, III, DA CF/88. APLICAÇÃO. 1. Remessa oficial e apelação interposta em face da sentença que julgou procedente o pedido por reconhecer o vício de legalidade no art. 2º, parágrafo 5º, da Resolução nº 03/2013 do CNPE, no trecho em que determina que as demandantes devam fazer frente ao pagamento de Encargos de Serviços de Sistema - ESS para o custeio do acionamento extraordinário (fora da ordem de mérito de custo) de geração de energia elétrica, determinando, de pronto, a cessação dos pagamentos referentes a tais valores pelas autoras e a devolução do que tiver sido descontado até o momento. 2. A controvérsia consiste em saber se a Resolução n.º 03/2013, do Conselho Nacional de Política Energética, pode validamente atribuir aos demais agentes geradores de energia elétrica, entre os quais se inserem os agentes geradores de energia eólica (caso dos autos), a participação na cobertura de custos dos serviços do Sistema Interligado Nacional (SIN), resultantes do pagamento de Encargos por Segurança Energética aos agentes geradores térmicos que realizem geração de energia fora da ordem de mérito de custo, com vistas a garantir a segurança do suprimento energético nacional, em atenção a solicitação de despacho do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS). 3. Não obstante a Lei n.º 10.438/2002 tenha atribuído à classe dos consumidores o ônus pelo pagamento do adicional tarifário, nos moldes de serem definidos em regulamento da Agência Nacional de Energia Elétrica, a Resolução n.º 3/2013, do Conselho Nacional de Política Energética estendeu a responsabilidade pelo pagamento do encargo a todos os agentes de mercado. E não parece haver dúvidas de que o aludido encargo, ao ser estendido a todos os agentes de mercado, alcança os agentes geradores de energia eólica. 4. Consta expressamente do art. 2º, parágrafo 5º, da Resolução n.º 3/2013, que o custo do despacho adicional de usina termelétrica, acionada por decisão do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico - CMSE, deverá ser rateado entre todos os agentes de mercado, proporcionalmente à energia comercializada nos últimos doze meses, mediante processo de contabilização e liquidação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, sendo cobrado mediante Encargo de Serviços do Sistema por motivo de segurança, na forma do art. 59 do Decreto nº 5.163/2004. 5. A mesma resolução determina que, na composição do Preço de Liquidação das Diferenças - PLD (valor do megawatt que será pago pelo agente gerador caso tenha que adquirir energia elétrica no Mercado de Curto Prazo), seja considerado o rateio do custo do despacho adicional. 6. Os Encargos de Serviço do Sistema (ESS) constituem espécie de preço público destinado a custear a geração extraordinária de energia elétrica (fora da ordem de mérito de custo) visando à garantia da estabilidade e da segurança do Sistema Interligado Nacional (SIN). 7. Afigura-se razoável considerar os Encargos de Serviço do Sistema (ESS) como espécie de preço público, considerando ser este o sentido da expressão utilizado no Glossário de Termos da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, aprovado pelo Despacho Aneel nº 650 de 14 de março de 2007, bem como, pelo fato de que a Lei n.º 10.438/2002, denomina de adicional tarifário específico os custos, inclusive de natureza operacional, tributária e administrativa, relativos à aquisição de energia elétrica (kWh). 8. Tomando de empréstimo o pronunciamento do Ministro Moreira Alves no julgamento da ADC-9/DF, que tinha por objeto a constitucionalidade dos arts. 14 a 18 da Medida Provisória n.º 2.152-2/2001, editada para gestão da crise de energia elétrica, por meio da qual foram fixadas de metas de consumo e de um regime especial de tarifação, tem-se como possível a fixação de uma sobretarifa, com natureza de preço público, não destinada à contraprestação pela prestação do serviço, mas que com ele guarde alguma relação. 9. Colhe-se da ementa do julgamento da ADC-9/DF, que a sobretarifa, destinada a custear despesas adicionais necessárias a manutenção e continuidade da prestação do serviço, mantém sua natureza de tarifa, e, como tal, está sujeita à política tarifária. 10. 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. 11. afronta a lei, senão a própria Constituição a fixação de tarifas, ou a imposição de tarifas já fixadas a sujeitos passivos diversos daquele previsto na Lei n.º 10.438/2002. 12. Mesmo que se cogitasse, em razão do exercício do poder normativo regulamentar, a possibilidade de extensão do partilhamento do custo do adicional tarifário a sujeitos que não os próprios consumidores, tal providência caberia apenas à Aneel - Agência Nacional de Energia Elétrica, pois essa atribuição compete apenas às agências reguladoras, e até mesmo em face do que determina o art. 1º da Lei n.º 10.438/2002. 13. Reconhecimento da ilegalidade na cobrança da parcela denominada Encargos do Serviço do Sistema (ESS), por motivo de segurança energética, prevista nos arts. 2º e 3º da Resolução nº 03/2013 do Conselho Nacional de Política Energética. 14. Manutenção da sentença recorrida. 15. Apelação e remessa oficial improvidas. (APELREEX 08019579020134058400, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, TRF5 - Quarta Turma.)

Desse modo, não tendo o CNPE competência para instituir obrigação a todos os agentes do mercado de energia elétrica mediante participação no rateio dos custos financeiros inerentes às despesas relativas ao Encargo de Serviços de Sistema por motivo de segurança energética, como o fez por meio da Resolução 3/2013, resta caracterizada grave ofensa ao princípio da legalidade, razão pela qual a decisão agravada está a merecer reparos.

Sob os fundamentos esposados, *dou provimento* ao agravo, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

Intime-se.

Não havendo recurso, remetam-se os autos à vara de origem.

Comunique-se o teor desta decisão ao MM. juiz *a quo*.

Brasília, 18 de dezembro de 2015.

Desembargadora Federal *Ângela Catão*, relatora.

Medida Cautelar Inominada 0002587-68.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
 Requerente: Anex Mineração Ltda.
 Advogados: Dr. José Anchieta da Silva e outros
 Requerida: Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Requerida: Vale S/A
 Advogados: Dr. Miguel Pereira Neto e outros
 Publicação: e-DJF1 de 26/01/2016, p. 1.246

Decisão

Trata-se de medida cautelar, incidental à AP 63376-23.2013.4.01.3400/GO, ajuizada por Anex Mineração Ltda., Caroline Negrão Aneas e Gabriela Pezzini Volpato, objetivando a suspensão da Resolução Autorizativa 4.314/2013 da Aneel, que autorizou à empresa Vale S/A a implantação de linha de transmissão – LT e uma subestação de energia elétrica – SE de 345 Kw, em área sob a qual a agravante possui direitos de servidão e posse.

2. Sustenta a autora estarem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, argumentando ser titular de licença de operação, com prazo de validade até 2019, que a autoriza a exercer as atividades de lavra, não podendo a Aneel criar embaraço ou obstáculo ao pleno exercício das atividades minerárias, e que a implementação das obras e a energização de linha de transmissão trará consequências danosas ao exercício de suas atividades minerárias.

Autos conclusos. Decido.

4. A medida cautelar, em razão de sua natureza acessória, tem por escopo assegurar a utilidade prática da tutela perseguida na ação principal, garantindo, assim, a eficácia da decisão final que nela vier a ser proferida.

5. Nessa esteira, para sua concessão, necessária se faz a demonstração simultânea da plausibilidade do direito invocado e do perigo de que lesão grave e de difícil reparação, a se concretizar antes do julgamento do processo principal, requisitos que se encontram descritos nos arts. 796 e seguintes do Código de Processo Civil.

6. No caso, verifico que a presente medida cautelar é satisfativa, já que o pedido aqui formulado — suspensão da Resolução Autorizativa 4.314/2013 da Aneel — coincide com aquele formulado na ação principal.

7. Contudo, o eg. STJ possui entendimento no sentido de ser possível a concessão, em sede de ação cautelar, de medida antecipatória dos efeitos da tutela, em razão da fungibilidade das medidas de urgência prevista no § 7º do art. 273 do CPC, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. SUSTAÇÃO DE PROTESTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. PRETENSÃO. POSSIBILIDADE. ART. 273, § 7º, DO CPC.

1. Faz-se possível deferir, em sede de ação cautelar, medida de cunho satisfativo consistente na sustação de protesto de título, em face da fungibilidade existente entre medida cautelar e medida antecipatória. Interpretação do art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil 2. Recurso especial provido. (REsp 686.209/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009.)

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA - PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - CARÁTER SATISFATIVO - TUTELAS DE URGÊNCIA - FUNGIBILIDADE - POSSIBILIDADE - ART. 273, PAR. 7º, DO CPC - INTERESSE DE AGIR - EXISTÊNCIA, IN CASU - RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM, PARA PROSSEGUIMENTO DO JULGAMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - Nos termos do art. 273, § 7º, do CPC, admite-se a fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela, sendo possível, portanto, o recebimento do pedido cautelar como antecipação da tutela;

II - O entendimento do Tribunal de origem, no sentido de que carece interesse de agir a parte que apresenta medida cautelar com pedido de antecipação de tutela, não se coaduna com a jurisprudência do STJ sobre a matéria;

III - Recurso especial provido. (REsp 1150334/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 11/11/2010.)

8. No caso *sub examine*, verifico estar presente o requisito do *fumus boni iuris*, pois, apesar da sentença de improcedência, este Tribunal, ao julgar o AI 19898-43.2014.4.01.0000/DF, manteve a decisão que antecipara os efeitos da tutela e deu provimento ao recurso, para suspender os efeitos da Resolução Autorizativa 4.314/2013, da Aneel, decisão essa que foi objeto de embargos de declaração ainda não apreciados, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Aneel. RESOLUÇÃO AUTORIZATIVA. IMPLANTAÇÃO DE LINHA DE TRANSMISSÃO - LT E DE SUBESTAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - SE, EM ÁREA SOB A QUAL A AGRAVANTE POSSUI DIREITOS DE SERVIDÃO MINERÁRIA. PERIGO DE IMPOSSIBILIDADE DE DESFAZIMENTO. SUSPENSÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. I- Ato administrativo que, em princípio, não padece de vício a ensejar a sua anulação pelo Poder Judiciário pois, apesar da impossibilidade de produção de outras provas, somente após estabelecido o necessário contraditório é que seria possível decidir sobre a pretendida anulação da Resolução da Aneel. II - Litígio entre as mineradoras agravantes que é antigo e que foi instaurado por conta da divergência que existe entre as partes no que diz respeito à posse e ao uso de área para fins de exploração mineral, em terras de anterior propriedade de falida indústria siderúrgica. III - Ações que tramitaram na Justiça Estadual de Minas Gerais, na época discutindo a pretensão da mineradora agravada sobre a construção de Correias Transportadoras de Longa Distância (TCLD), asseguraram os direitos da agravante sobre a área, ressaltando porém, que o equipamento, por já concluído, não poderia ser demolido, devendo ser objeto de indenização. IV - Recomendável a suspensão do ato administrativo ora impugnado, pois, se concluída a construção da subestação de energia elétrica e da linha de transmissão, também se tornará impossível o seu desfazimento em caso de procedência final do mandado de segurança. V - Agravo de instrumento a que se dá provimento. (AG 0019898-43.2014.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.117 de 01/09/2014.)

9. Assim, deve prevalecer, por ora, a decisão colegiada da 6ª Turma, que já decidiu no mesmo sentido da tese defendida pela requerente.

10. Também reputo demonstrado o *periculum in mora*, ante a possibilidade de que, a qualquer momento, a linha de transmissão e a subestação de energia elétrica sejam implantadas na área em que a requerente possui os direitos de servidão.

Pelo exposto, *defiro* a medida liminar e suspendo os efeitos da Resolução Autorizativa 4.314/2013 da Aneel, até julgamento da apelação no feito principal.

Cite-se.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 21 de janeiro de 2016.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Agravamento de Instrumento 0000650-23.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
 Agravante: Defensoria Pública da União – DPU
 Defensor: Dr. Átila Ribeiro Dias
 Agravada: União Federal
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
 Agravado: Estado da Bahia
 Publicação: e-DJF1 de 26/01/2016, p. 1.242

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Defensoria Pública da União contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, que, nos autos da Ação Civil Pública 4626-66.2015.4.01.3300, ajuizada contra a União e o Estado da Bahia, declinou da competência para processar e julgar e remeteu os autos à Justiça Estadual.

2. Eis trecho da decisão no que relevante à controvérsia (fls. 12-13):

[...]

A União não possui hierarquia nem poder de ingerência para cumprimento de atos afetos aos presídios ou casas de detenção estaduais, posto tratar-se de questão de exclusiva atribuição do estado da Bahia (“cumprimento imediato dos alvarás de soltura expedidos pela Justiça Federal, inclusive nos fins de semana, feriados e nos dias úteis após o expediente administrativo, em todos os estabelecimentos prisionais do Estado da Bahia. Fixo o prazo de 120 dias para a adoção das medidas administrativas necessárias ao fiel cumprimento da presente decisão, fls. 231).

A pretensão deferida pela Instância Revisora visa ao estabelecimento de parâmetros e medidas concretas de gestão para impedir eventual demora no cumprimento de alvarás de soltura dos presos custodiados nos estabelecimentos prisionais do estado da Bahia, ante a inexistência de penitenciária federal neste Estado.

Com efeito, a determinação acima descrita refere-se à realização de atos estritamente de atribuição estadual, daí que não há fundamento jurídico válido para que a União componha o polo passivo da lide.

Por outro lado, a simples opção da Defensoria Pública da União de ativar demanda com vistas ao cumprimento de alvarás de soltura por unidades prisionais estaduais não é suficiente para legitimar a atuação da União nem para fixar a competência da Justiça Federal para conhecimento da ação civil pública por ela proposta, sobretudo quando se está diante de situação que não envolve interesse federal, conforme o artigo 109, da Lei maior.

Ressalte-se, ainda, que a interferência do Poder Judiciário Federal, cuja vocação constitucional é para julgamento de questões de natureza federal, em atribuições administrativas de estrita competência estadual representa indevida ofensa à intangibilidade do Pacto Federativo e da garantia de autonomia dos entes federados.

Cabe ao estado da Bahia a administração dos presídios situados neste estado, igual competência se confere ao Juízo estadual para execução da ordem emanada do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, já que o ente federal não poderá determinar “reforço policial, realizar plano de operação, ou tomar qualquer outra medida administrativa em um órgão do Estado da Bahia”, fl. 131.

De fato, percebe-se que é flagrante a ilegitimidade passiva da União visto que a questão debatida nos autos representa res inter alios acta no que se refere a ela, a qual não sofrerá nenhuma consequência ou efeito jurídico-processual da sentença, sendo em relação a ela inutiliter data, razão pela qual a excludo da lide.

[...]

3. Inconformada, a agravante aduz, em síntese, ser a União parte interessada, porque diante da ausência de presídios federais no Estado da Bahia, os presos por ordem da Justiça Federal e sob a custódia da União permanecem encarcerados nos presídios estaduais, mas a responsabilidade continua sendo da União, restando evidente que a União deve zelar pelos direitos desses presos, alegando também ser responsabilidade da União zelar pelos excessos cometidos nos presídios estaduais.

4. Requer o deferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal para que seja determinada a reinclusão da União no polo passivo da demanda de origem e reconhecida a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito de origem.

Autos conclusos, *decido*.

6. A princípio, razão parece assistir ao agravante. Isso porque o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região já se manifestaram no sentido de que o fato de a União utilizar presídio estadual para por sob custódia aqueles que cometeram delitos que competem à Justiça Federal não a isenta de seu dever legal. Confirmam-se os precedentes:

PROCESSO PENAL - CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA - PRISÃO EM FLAGRANTE POR CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS - CUSTÓDIA EM PRESÍDIO ESTADUAL - ORDEM DE PRISÃO EMANADA DE AUTORIDADE FEDERAL - CUSTÓDIA, QUANTO A INTEGRIDADE FÍSICA DA VÍTIMA, AOS CUIDADOS DA UNIÃO - TORTURA - OMISSÃO QUANTO A SUA PRÁTICA - AGENTES PENITENCIÁRIOS ESTADUAIS - MORTE DO RÉU - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1 - A discussão competencial - como salientado pelo suscitante - surgiu em virtude da prática, entre os delitos, do crime de falsidade ideológica (art. 299, do CP) perpetrado contra ordem emanada do D. Juízo Federal, que determinou a imediata condução do ofendido ao Hospital Central Penitenciário, tendo o então Diretor daquele estabelecimento prisional declarado falsamente, no verso do alvará de soltura, que o preso já havia sido encaminhado, quando, na verdade, ele se encontrava agonizando na sala de triagem do Presídio. Entendeu o Suscitante que tal fato estaria conexo com os demais delitos, o que atrairia sua competência para o processo e julgamento do feito.

2 - Ora, tendo Chan Kim Chang sido preso em flagrante pelo cometimento do crime de evasão de divisas, cuja a competência, incontroversamente, é federal, ex vi art. 109, IV, da Constituição Federal, a sua custódia estava a cargo da União que, através da Polícia Federal, efetuou o flagrante, cabendo-lhe zelar por sua integridade física. A sua condução para o Presídio Ary Franco somente se deu em razão da inexistência de estabelecimento de Custódia Federal no estado do Rio de Janeiro. Dessarte, todo o desenrolar do evento delituoso, conquanto tenha sido perpetrado por agentes públicos estaduais, estes se encontravam, no caso, agindo como auxiliares da Justiça Federal Criminal do Estado do Rio de Janeiro. A atividade, preponderante de regime administrativo de preservação e manutenção da integridade física de pessoas sob custódia do Estado é de natureza contínua, não podendo, pelo fato de inexistir Casa de Custódia Federal, deixar de ser observada.

3 - Outrossim, a imputação ao acusado Luiz Gustavo Matias Silva, então diretor do Presídio e sob as ordens de quem estavam os demais servidores denunciados, do crime de falsidade ideológica (art. 299, do CP) perpetrado contra ordem emanada do Juízo Federal, também corrobora a competência deste para o processo e julgamento do feito.

Com efeito, havendo conexão desse delito, com os demais, fixa-se a competência da Justiça Federal. Aliás, é o que diz a Súmula 122, desta Corte.

4 - Conflito conhecido, porém desprovido, para declarar competente o D. Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro/RJ, ora suscitante.

(CC 40.666/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2004, DJ 26/04/2004, p. 144)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. LITISCONSÓRCIO DESNECESSÁRIO. LEGITIMIDADE DA UNIÃO FEDERAL. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELA JUSTIÇA FEDERAL. CUMPRIMENTO EM ESTABELECIMENTO DO ESTADO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA UNIÃO. REBELIÃO. LESÕES CORPORAIS. DANO MORAL. VALOR DE INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL. 1. Preliminarmente, em relação ao pleito de gratuidade de justiça formulado pelo apelante, não obstante seja possível seu deferimento na fase atual, é certo que não possui efeito retroativo, pelo que, deferido o benefício nestes termos. 2. A r. sentença recorrida condenou a UNIÃO FEDERAL ao pagamento de indenização por dano moral fixado em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), decorrente de prejuízos advindos da prisão do autor em instituição com instalações inadequadas, cujas deficiências se evidenciaram em motim carcerário que vitimou o autor. 3. Não se verifica a hipótese de litisconsórcio passivo necessário do Estado do Rio de Janeiro, porquanto os prejuízos causados ao autor decorreram de prisão preventiva decretada pela 8ª Vara Federal Criminal. Mesmo que se cogitasse de eventual solidariedade, ad argumentandum, não seria hipótese de obrigatoriedade de inclusão do Estado do Rio de Janeiro no polo passivo. 4. "Dessarte, todo o desenrolar do evento delituoso, conquanto tenha sido perpetrado por agentes públicos estaduais, estes se encontravam, no caso, agindo como auxiliares da Justiça Federal Criminal do Estado do Rio de Janeiro. A atividade, preponderante de regime administrativo de preservação e manutenção da integridade física de pessoas sob custódia do Estado é de natureza contínua, não podendo, pelo fato de inexistir Casa de Custódia Federal, deixar de ser observada" (STJ - CC 200301999207, REI. Min. JORGE SCARTEZZINI, TERCEIRA SEÇÃO, DJ DATA:26/04/2004) 5. A prisão do autor foi legitimamente decretada por autoridade competente, não havendo falar-se em dano moral decorrente desta. Contudo, a responsabilidade do Estado pela integridade de pessoa custodiada é objetiva e advém do dever de guarda. Assim, considerando o nexo de causalidade e a lesão sofrida, a obrigação não distingue o ato lesivo executado por outros detentos do praticado por agente público. 6. Adequado o valor indenizatório a título de danos morais, inexistindo alegação e comprovação de sequelas decorrentes do evento. 7. Conhecidas e improvidas a remessa necessária e as apelações. (APELRE 200851010173430, Desembargador Federal JOSE ANTONIO LISBOA NEIVA, TRF2 - SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::27/11/2012.)

7. Embora a Súmula 192 do Superior Tribunal de Justiça disponha que "*Compete ao juízo das execuções penais do estado a execução das penas impostas a sentenciados pela justiça federal, militar ou eleitoral, quando recolhidos a*

estabelecimentos sujeitos a administração estadual", nessa situação está somente o réu condenado, e o réu preso provisoriamente também estará no presídio estadual.

8. Além do que, se do excesso de prazo de custódia resultar indenização por danos morais ou materiais, a responsável será a União.

9. Dessa forma, parece possuir a União legitimidade para figurar no polo passivo do feito de origem, o que fixa a competência da Justiça Federal para processá-lo e julgá-lo.

Pelo exposto, *defiro*, por ora, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal e determino a manutenção da União no polo passivo do feito de origem e, conseqüentemente, mantida a competência da Justiça Federal para processá-lo e julgá-lo.

Oficie-se ao MM. magistrado prolator do *decisum* recorrido, encaminhando-lhe cópia desta decisão para conhecimento e cumprimento.

Publique-se. Intimem-se os agravados para efeito do inciso V do art. 527 do CPC.

Brasília, 18 de janeiro de 2016.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Agravo de Instrumento 0071577-48.2015.4.01.0000/BA

Relator: Juiz Federal Pablo Zuniga Dourado (convocado)
 Agravante: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Claytton Ricardo de Jesus Santos
 Agravado: Osni Cardoso de Araújo
 Advogados: Dr. Joel Mendes Leão de Almeida e outros
 Publicação: e-DJF1 de 26/01/2016, p. 1.061

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão da lavra do Juiz Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Santana/BA que, nos autos da Ação Civil por Ato de Improbidade Administrativa 5265-72.2015.4.01.3304, reconheceu sua ilegitimidade ativa e declinou da competência em favor da Justiça Estadual da Comarca de Serrinha/BA, ao argumento de que as verbas do Fundeb, provenientes da União, foram incorporadas ao patrimônio do município em sua parcela adstrita à educação.

Sustenta o agravante, em síntese, que tratando o feito de complementação, pela União, de recursos federais repassados pelo Fundeb para o Município de Serrinha, em que ajuizada contra ex-prefeito do município ação de improbidade administrativa por ato de improbidade decorrente da aplicação indevida dos recursos, a competência é da Justiça Federal, independentemente da falta de interesse na União manifestado na lide, haja vista que as verbas voluntárias não se incorporam ao patrimônio municipal.

Não foi juntada neste agravo nenhuma manifestação do agravado nos autos originários.

É o relatório.

Decido.

Tem razão o agravante. O art. 109, I, da Constituição Federal dispõe que as lides em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes serão julgadas na Justiça comum Federal, excetuando-se as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e do Trabalho.

Na presente ação, discute-se a ocorrência de supostas irregularidades envolvendo recursos do Ministério da Educação, o que por si só já demonstra o interesse da União. Há, inclusive, a necessidade de prestação de contas junto ao Tribunal de Contas da União.

Ademais, o envolvimento de verba federal é o que está legitimando o Ministério Público na defesa do patrimônio público federal, e, estando legitimado o Ministério Público, a competência é da Justiça Federal.

Neste sentido, transcrevo as seguintes ementas deste Tribunal:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO PÓLO ATIVO DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL. SÚMULA 208 DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. É da competência da Justiça Federal o processamento e julgamento de ação civil pública que tenha o Ministério Público Federal no pólo ativo da relação jurídica processual. E nem poderia ser diferente, tendo em vista que o Ministério Público Federal, como autor da ação, tem o condão de atrair a competência *ratione personae* da Justiça Federal, em matéria cível, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal de 1988. Precedentes jurisprudenciais do egrégio Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional Federal.

2. O caso presente demanda a aplicação da Súmula 208, do egrégio Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que, segundo consta das razões recursais, a ação civil pública por ato de improbidade administrativa que deu origem ao presente agravo de instrumento foi proposta em desfavor do ora agravado, '(...) em razão de irregularidades na gestão de verbas públicas do Fundo Nacional de Saúde repassadas pela União ao Município, relativas aos Programas Agentes Comunitários de Saúde, Piso de Atenção Básica, Ações Básicas de Vigilância Sanitária e Farmácia Básica' (fl. 4). Por isso, razão assiste ao d. Ministério Público Federal, quando, em parecer neste grau de jurisdição, anotou que 'merece recordação, a existência da Súmula 208 do Superior Tribunal de Justiça - compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal'. O caso em exame subsume-se por inteiro ao enunciado aludido, de modo que não há motivo jurídico pelo qual se o possa deixar de aplicar ao caso' (fl. 866), sobretudo quando se verifica que, ainda na forma do apontado pelo d. Ministério Público Federal em seu parecer, 'Em virtude do convênio de delegação, o réu estava obrigado a prestar contas ao TCU dos recursos federais que lhe foram repassados. Assim, mais uma evidência de que eventual dilapidação desses recursos recai no âmbito de interesse da União' (fl. 866).

3. Agravo de instrumento provido.

(AG 0019933-42.2010.4.01.0000/PA, Rel. Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes, Quarta Turma, e-DJF1 p.51 de 29/03/2012)

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, PROPOSTA PELO MUNICÍPIO, CONTRA EX-PREFEITO, VERSANDO SOBRE IRREGULARIDADES NA APLICAÇÃO DE RECURSOS FEDERAIS - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, EM MATÉRIA CÍVEL, FIXADA RATIONE PERSONAE - ART. 109, I, DA CF/88 - ATUAÇÃO DO MPF, EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - AGRAVO PROVIDO.

I - A jurisprudência admite a competência da Justiça Federal, na hipótese de figurar o Ministério Público Federal como litisconsorte ativo, em ação de improbidade administrativa proposta pelo Município (ou figurando o próprio MPF como autor da ação), em caso de ato de improbidade que envolva recursos da União, de suas autarquias ou empresas públicas federais, por reconhecer que 'o mero requerimento do Ministério Público Federal para ingressar como litisconsorte ativo na ação, por entender estar configurado ato de improbidade administrativa, desloca a competência para a Justiça Federal, já que só a esse Juízo compete admitir ou não a formação do litisconsórcio, consoante o enunciado da Súmula 150/STJ' (STJ, CC 100300/PI, Rel. Min. Castro Meira, 1ª Seção, unânime, DJe de 25/05/2009).

II - As verbas repassadas por ente Federal, no caso a União, embora repassadas ao município, não perdem seu caráter federal. Além disso, a prestação de contas se dará perante o Tribunal de Contas da União, salientando o interesse da União na aplicação de recursos públicos federais. Assim, fica claro que os interesses tutelados no âmbito do presente feito revestem-se de nítido caráter federal, de forma a justificar que o processamento do feito ocorra perante a Justiça Federal. Nesse aspecto, é o enunciado 208 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

III - A presente ação de improbidade não persegue somente o ressarcimento de eventual dano ao erário, mas também busca evidenciar que houve violação a princípios da administração pública ou enriquecimento ilícito por parte do requerido em convênio firmado entre a União Federal e o Município. Ressalte-se que eventual condenação no ressarcimento de verba pública federal, na ação de improbidade administrativa, também está prevista na própria Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92, art. 12).

IV - Agravo provido para declarar competente o Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Pará para processar e julgar o feito originário.

(AG 0054076-23.2011.4.01.0000/PA, Rel. Desembargadora Federal Assusete Magalhães, Terceira Turma, e-DJF1 p.512 de 16/03/2012)

Oportuna, ainda, a transcrição de ementa do STJ, no mesmo sentido, que justifica o julgamento deste agravo por decisão monocrática, nos termos do § 1º do art. 557 do CPC:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE À LICITAÇÃO. PROJETO PEDAGÓGICO DE INFORMÁTICA. COMPRA E VENDA ENCOBERTA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL AFASTADA EM PRECEDENTE ANÁLOGO NA ESFERA PENAL. ALÍNEA "A". DISPOSITIVOS QUE NÃO INFIRMAM O ACÓRDÃO

RECORRIDO. SÚMULA 284/STJ. DIVERGÊNCIA SOBRE A EXISTÊNCIA DE COMPLEMENTAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DANO AO ERÁRIO IN RE IPSA. ELEMENTO SUBJETIVO. SÚMULA 284/STF.

1. Trata-se, originariamente, de Ação Civil Pública por improbidade administrativa que narra contexto de contratações, por inúmeros municípios, sem licitação, do ITEAL para implantação de projeto pedagógico de informática - tudo dentro de contexto de transposição de negócios de empresa investigada em CPIs e judicialmente (a fundação ProEducar) para a empresa agravante, superfaturamentos, fraudes e propinas que montam prejuízo ao Erário de aproximadamente R\$ 18 milhões no País. Aponta que o ente municipal, por seu ex-prefeito e secretário de administração, contratou a referida empresa sem certame, de forma a encobrir compra e venda de hardwares e softwares no valor de R\$ 450 mil. A sentença faz menção à Ação Penal que versa sobre os mesmos fatos para julgar o feito procedente e foi mantida pelo Tribunal de origem nos termos do acórdão.

2. Tampouco se pode conhecer do Recurso interposto pela alínea 'c' do permissivo constitucional. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo ao recorrente demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. Contudo, o Recurso Especial se limita à transcrição de ementas (v. fls. 2957-2959/STJ). Reforça a conclusão o fato de que os julgados (recorrido e paradigma) partem de premissas fáticas distintas (a respeito da complementação da União para o Fundef).

3. Em relação à alínea 'a', os agravantes apontam violação de dispositivos da Lei 9.424/1996 que tratam da instituição do Fundef, a composição dos recursos nele aplicados, que não guardam relação com o feito. Nessa parte, incide a Súmula 284/STF, porquanto os dispositivos legais narrados não têm comando suficiente para alterar o que se decidiu na origem. No mesmo sentido, confira-se recurso interposto pelos aqui interessados em demanda correspondente penal, examinado pelo STJ exatamente no ponto da (in)competência da Justiça Federal (AgRg no AREsp 92923/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 13.8.2012). Veja-se também o HC 198023 (Min. Maria Thereza de Assis Moura), em situação análoga à presente.

4. O artigo 3º da Lei 9.494/1996 aponta o repasse automático de verbas para contas únicas e específicas vinculadas ao fundo.

Contudo, o acórdão recorrido atesta expressamente que não houve complementação pela União diante de sua natureza complementar, conforme trecho acima descrito. A solução da controvérsia, na forma proposta, esbarra na Súmula 7/STJ.

5. A fraude à licitação tem como consequência o chamado dano in re ipsa, reconhecido em julgados que bem se amoldam à espécie (REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma DJe 9.3.2012; REsp 1.190.189, Relator Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; STF, RE 160.381/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 12.8.1994).

6. Em relação ao elemento subjetivo, o Recurso Especial limita-se a afirmar: 'para que haja condenação por ato de improbidade é necessário que exista prova da má-fé dos recorrentes, pois, d.m.v., não comete enriquecimento ilícito o agente público que, por ação ou omissão, não cometeu conduta ilícita com dolo ou culpa grave e nem obteve acréscimo de bens ou valores no seu patrimônio em detrimento do erário público'. A natureza descritiva, sem correlação com o conteúdo da demanda ou do acórdão recorrido e sem indicação de dispositivo violado, recomenda a aplicação da Súmula 284/STF.

7. Agravo Regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 178.852/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 22/05/2013).

Diante do exposto, nos termos do art. 29, XXV, do Regimento Interno deste Tribunal, *dou provimento ao agravo de instrumento para, reformando a decisão agravada, determinar seja mantido o feito na Justiça Federal.*

P. I.

Brasília, 15 de janeiro de 2016.

Juiz Federal *Pablo Zuniga Dourado*, relator convocado.

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0000671-96.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Presidente
Requerente: Estado da Bahia
Procuradores: Dr. Eugênio de Souza Kruschewsky e outra
Requerido: Juízo Federal da 12ª Vara – DF
Autor: Conselho Regional de Enfermagem da Bahia – Coren/BA
Procuradora: Dra. Tycianna Góes da Silva Monte Alegre
Publicação: e-DJF1 de 28/01/2016, p. 81

Decisão

O Estado da Bahia requer, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/1992, a suspensão da execução da liminar deferida pela Juíza Federal Substituta da 16ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, Luísa Ferreira Lima Almeida, nos autos da Ação Civil Pública 0021156-48.2015.4.01.3300/BA, para determinar que o réu, no prazo de 90 (noventa) dias, “adote as providências necessárias no sentido de atender a quantidade especificada de profissionais de enfermagem conforme cálculo de dimensionamento de pessoal estabelecido pela autora” (fls. 11-18).

O requerente alega, em síntese, que a ação, na prática, busca realizar ingerência na gestão de recursos humanos da Secretaria de Saúde, utilizando recursos para aumentar o pessoal de um de seus hospitais públicos, sob a premissa de que não há profissionais suficientes ao seu bom funcionamento.

Assevera que a medida liminar deferida, se cumprida, acarretará grave ofensa à ordem e à economia públicas, visto que não há receita para tanto.

Sustenta que a decisão foi proferida em desatenção aos limites de gastos estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal, demandando drásticas medidas para readequação do orçamento, contrapondo-se ao interesse estatal, que objetiva instaurar “política administrativa direcionada para o reequilíbrio da saúde pública, bem como das contas públicas” (fl. 4).

Decido.

A suspensão prevista no art. 4º da Lei 8.437/1992 e no art. 15 da Lei 12.016/2009 é medida de contracautela concedida tão somente para evitar que, do cumprimento da decisão *a quo*, resulte grave lesão à ordem, à economia, à segurança e/ou à economia públicas, não podendo ser utilizada como sucedâneo recursal.

Conquanto seja possível um mínimo de delibação da controvérsia subjacente ao processo principal, a fim de possibilitar, no estreito limite da competência do presidente do Tribunal, a verificação da existência ou não dos pressupostos necessários à suspensão da execução da decisão impugnada, as questões atinentes à supostas violações ao ordenamento jurídico devem ser debatidas nas vias recursais próprias pelo juiz natural, porquanto o instrumento jurídico-processual ora manejado não tem vocação recursal.

A interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas voltadas às mais variadas áreas da saúde é questão recorrente trazida no âmbito da “suspensão de segurança” (denominação genérica) e já foi objeto de amplo debate em audiência pública convocada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, que construiu, a partir daí, um critério ou parâmetro para decisões desse jaez, segundo o qual é necessário distinguir se o Judiciário está ou não criando política pública e, em caso positivo, distinguir se a não prestação do serviço decorre de omissão legislativa ou administrativa.

Acerca dessa ingerência jurisdicional nas políticas públicas, assim se manifestou o magistrado:

[...] Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias. (AgRg na STA 175, Relator ministro Gilmar Mendes, julgado em 17/03/2010, publ. em 30/04/2010.)

A interferência do Poder Judiciário é possível quando tem por finalidade atender caso concreto e pontual, respeitando as opções legislativas e os planos administrativos traçados pelo governo, equacionando-se a teoria do mínimo existencial com a cláusula da reserva do possível, evitando-se a quebra do postulado da separação dos Poderes.

Na hipótese dos autos, a determinação judicial, à luz do princípio constitucional do acesso universal e igualitário à prestação dos serviços públicos e da finalidade da mediação do Poder Judiciário, como dito anteriormente, entendendo que a decisão representa potencial risco de gerar grave lesão à ordem, à saúde e à economia pública.

Com efeito, decisões que determinam a prestação de saúde segmentada podem acarretar grave lesão à ordem, no seu viés administrativo, pela interferência indevida na gestão da saúde; à economia pública, em decorrência escassez de recursos financeiros para dar efetividade às políticas dos mais diversos setores públicos; e à própria saúde pública, pois tais decisões acabariam por criar ilhas de excelências para atender determinado setor, em detrimento da distribuição isonômica dos recursos financeiros e humanos disponíveis para atender às mais variadas necessidades da população em geral.

Sob esse aspecto, há que se ter em mente que o juiz, se considerarmos o macro sistema da saúde pública, dificilmente terá acesso a todos os dados técnicos globais necessários para determinar a contratação ou a alocação de profissionais da área de saúde para atender determinado nosocômio, no caso o Hospital Otávio Mangabeira.

Essa atividade é conferida ao gestor público, na sua atuação discricionária, avaliando a conveniência e a oportunidade do ato administrativo. A interferência jurisdicional nessas atribuições da Administração Pública pode gerar graves distorções.

Em situação que se ajusta perfeitamente ao caso ora em análise, o então Presidente desta Corte, Desembargador Federal Mário César Ribeiro, na SLAT 70695-91.2012.4.01.0000 asseverou:

Conquanto seja louvável a intenção da magistrada em suprir o nosocômio com um quadro de pessoal satisfatório, sua atuação desvia-se da vocação jurisdicional, em verdadeira quebra a harmonia e a independência dos Poderes, elegendo prioridades e direcionando parcela do orçamento para atender apenas uma entidade hospitalar, quando milhares de outras, em igual ou pior situação, também aguardam sua inserção nos planos orçamentários da Administração Pública.

Ante o exposto, *defiro* o pedido de suspensão.

Intimem-se. Comunique-se, com urgência, ao juízo requerido. Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília, 21 de janeiro de 2016.

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*, Presidente.

Numeração única: 0090463-91.1998.4.01.0000

Medida Cautelar Inominada 1998.01.00.094964-0/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
 Requerente: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Requerido: Nutrimetal S/A – Indústria e Comércio de Alimentos
 Advogados: Dr. Luiz Antonio Bettiol e outros
 Publicação: e-DJF1 de 04/02/2016, p. 732

Decisão

Por intermédio da petição de fls. 1.197 e seguintes, a requerida Nutritional S/A – Indústria e Comércio de Alimentos reitera o requerimento de levantamento dos depósitos judiciais vinculados a estes autos determinados pelo então relator, Desembargador Federal Cândido Ribeiro, como condição para suspender os efeitos da sentença transitada em julgado na Ação Ordinária 89.0001373-4/DF e, por consequência, o curso dos precatórios já expedidos (fls. 359-363).

2. Determinada a oitiva do Ministério Público Federal para que se pronunciasse, especificamente sobre a alegação de burla ao regime de precatórios suscitada pelo FNDE, o órgão ministerial se manifestou nos seguintes termos:

2.1. Ao exigir-se a realização de depósito judicial como garantia para a suspensão do pagamento dos precatórios, ocorreu a desconsideração do princípio da presunção de solvabilidade da Fazenda Pública, em razão da impenhorabilidade dos bens públicos;

2.2. Com a extinção da presente cautelar, sem resolução do mérito, em razão do trânsito em julgado do acórdão da Ação Rescisória 1999.01.00.007866-0/DF, da qual esta cautelar é preparatória, a medida liminar anteriormente concedida perde automaticamente a sua eficácia, devendo os valores objeto do depósito judicial serem levantados pelo FNDE, e não pelas autoras da ação principal, já que tais valores não estão atrelados aos precatórios e não advieram de qualquer dotação orçamentária;

2.3. Eventual levantamento do depósito em favor da ré nesta cautelar importaria em decisão em desfavor do próprio FNDE (autor), fato que representaria um paradoxo, pois importaria em decisão desfavorável em face ao autor em uma cautelar extinta sem resolução do mérito e notoriamente favorável à ré que somente resistiu à pretensão autoral (suspensão do curso dos precatórios); e

2.4. Extinta a cautelar, sem resolução do mérito, a consequência prática é a retomada do curso da execução na ação principal, seguindo-se a sistemática do regime de precatórios, já que entendimento em sentido contrário importaria em violação às regras constitucionais e infraconstitucionais que regulam o regime de precatórios.

Autos conclusos. Decido.

4. Traçando um histórico desta cautelar, preparatória da Ação Rescisória 1999.01.00.007866-0/DF, verifica-se que ela foi ajuizada pelo FNDE objetivando suspender os efeitos da sentença transitada em julgado na Ação Ordinária 89.0001373-4/DF, até julgamento final do feito rescisório.

5. A medida liminar foi deferida, em parte, “[...] *tão somente para suspender o pagamento, aos requeridos, das quantias mencionada (s), condicionando-se a presente liminar, todavia, à efetivação do depósito bancário destes valores em conta judicial individualizada e à disposição desta Corte, vinculada a este procedimento cautelar, até ulterior deliberação*” (fl. 363).

6. Efetuados os depósitos, o feito teve curso regular, até posterior extinção, sem resolução do mérito, tendo em vista a extinção do feito a ele vinculado (ação rescisória), sem resolução do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido (fls. 639-749).

7. Com o trânsito em julgado do acórdão, após devidamente apreciados os recursos aviados para o eg. STJ e o Colendo STF, e que confirmaram a decisão desta Corte Regional, o então presidente da 3ª Seção determinou a intimação das partes para requererem o que lhes for de direito, tendo em vista a condenação do FNDE em honorários advocatícios (fl. 1.098), ocasião em que a ré (Nutrimental) informou que não tinha interesse na execução da verba honorária desta cautelar e requereu o arquivamento dos autos (fl. 1.105), pedido deferido pela decisão de fl. 1.107, datada de 20/07/2009 e publicada em 29/07/2009.

8. Posteriormente, por petição datada de 12/12/2013, a ré (Nutrimental) vem requerer a disponibilização dos valores depositados em juízo para os respectivos precatórios, de números 1997.01.00.024237-8/DF e 1998.01.00.046938-2/DF (fls. 1.125-1.128).

9. Devidamente intimado, o FNDE aduziu que tal requerimento equivale a uma espécie de pagamento direto, burlando o regime dos precatórios (fls. 1.155-1.156).

10. Apreciando tal requerimento, proferi decisão no seguinte teor (fls. 1.160-1.162):

4. Conforme se depreende dos autos, a presente ação cautelar foi proposta objetivando suspender os efeitos de sentença transitada em julgado proferida na ação Ordinária 89.0001373-4/DF, até julgamento final da ação rescisória a ser proposta pelo FNDE, e, por consequência, a exigibilidade dos valores referentes aos Precatórios 1997.01.00.024237-8/DF e 1998.01.00.046938-2/DF, em favor da NUTRIMENTAL.

5. O então relator, Desembargador Federal Cândido Ribeiro deferiu o pedido de medida liminar, ‘..condicionando a presente liminar, todavia, à efetivação do depósito bancário desses valores em conta judicial individualizada e à disposição desta Corte, vinculada a este procedimento cautelar, até ulterior deliberação’ (fl. 371).

6. Depósito efetuado consoante as guias de fls. 475 e 599.

7. Pois bem. A última decisão proferida nestes autos ocorreu quando do não conhecimento dos Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência no REsp 647.855/DF, no eg. STJ, numeração atribuída ao recurso especial interposto do acórdão desta Regional que extinguiu a presente cautelar à míngua de fumus boni iuris, em face da extinção da ação principal (AR 1999.01.00.007866-0/DF), consoante acórdãos assim lavrados:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃO EMBARGADO. MEDIDA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE FUMUS BONI IURIS. CESSAÇÃO DE EFICÁCIA.

ACÓRDÃO PARADIGMA. PERDA DE OBJETO. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. AFASTAMENTO. MANUTENÇÃO DA CAUTELA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE.

1. O aresto embargado conferiu ao litígio um enfoque no qual se sobressaiu a análise do fumus boni iuris e as consequências advindas de sua ausência no tocante à subsistência do provimento cautelar, máxime em decorrência da extinção sem julgamento do mérito da ação principal.

2. Por sua vez, o acórdão paradigma não versou em absoluto acerca dos efeitos que uma eventual extinção do processo principal acarretaria ao fumus boni iuris e ao mérito da ação cautelar, restringindo-se a afastar a perda de objeto aferida na instância ordinária e a consignar a existência de interesse processual na manutenção da cautela enquanto não transitada em julgado a ação principal.

3. Em resumo, o paradigma trazido à colação concentrou-se na eventual perda de objeto e na avaliação da existência ou não de interesse processual na conservação da cautelar, acabando por concluir que a medida preventiva deveria ser mantida, em face do provimento do recurso especial atrelado à ação principal. Já o acórdão embargado emprestou à querela um enfoque associado ao mérito da cautelar, em especial no que toca à ausência da fumaça do bom direito, em virtude da improcedência da ação principal.

4. É indubitoso que os acórdãos cotejados não guardam a similitude imprescindível ao exame dos embargos de divergência, os quais não merecem conhecimento.

5. Embargos de divergência não conhecidos.” (REsp 647.855/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/02/2008, DJe 17/03/2008.)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA PRINCIPAL. ART. 808, III, DO CPC. CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DA MEDIDA CAUTELAR.

1. A extinção do processo principal em desfavor do autor descaracteriza o fumus boni iuris, impondo a aplicação do art. 808, III, do CPC, consoante a sua melhor exegese.

2. Precedentes jurisprudenciais desta Corte.

“PROCESSUAL CIVIL. PLURALIDADE DE PROCURADORES. SUFICIÊNCIA DA INTIMAÇÃO DE APENAS UM. PROCESSO PRINCIPAL E MEDIDA CAUTELAR. JULGAMENTO.

1. Está assentado na jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que constando da mesma procuração o nome de vários advogados basta que a intimação seja feita a um deles.

2. Segundo a letra do art. 808, III, do Código de Processo Civil, cessa a eficácia da medida cautelar quando declarado extinto o processo principal, com ou sem julgamento de mérito.

3. Precedentes.

4. Recurso especial não conhecido.› (Resp 488.913/BA, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 154.03.2004)

«MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. AÇÃO REVISIONAL JULGADA IMPROCEDENTE, EXTINTA A CAUTELAR PREPARATÓRIA. REVOGAÇÃO DA LIMINAR. LEGALIDADE.

- Cessa a eficácia da liminar se o Juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento de mérito (art. 808, III, do CPC).

- Julgadas concomitantemente a ação principal e a cautelar, interposta apelação única e global, ao Juiz cabe recebê-la com efeitos distintos, a correspondente à medida cautelar no efeito tão-somente devolutivo (art. 520, IV, do CPC).

Recurso ordinário improvido.› (ROMS 11384/SP, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 19.08.2002)

2. Recurso especial improvido.” ((REsp 647.855/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 132.)

8. Já na ação rescisória, a respectiva decisão desta Corte Regional também fora mantida, consoante não conhecimento do respectivo Recurso Extraordinário pelo egrégio STF, fls. 1130-1136.

9. Em conclusão, o eg. STJ manteve decisão deste Tribunal que declarou sem eficácia a medida cautelar, com fundamento no art. 808, II, do CPC, e, em consequência, julgou-a extinta, tendo em vista a extinção da ação rescisória, sem resolução do mérito, pela impossibilidade jurídica do pedido (fls. 725-749).

10. Ressalte-se, ainda, que o acórdão proferido na Ação Rescisória 1999.01.00.007866-0/DF transitou em julgado, item 8 retro, na data de 21/10/2013 (certidão de fl. 1132).

11. Portanto, com o trânsito em julgado dos acórdãos nesta ação cautelar e na ação rescisória, não mais subsiste no mundo jurídico qualquer decisão a amparar a pretensão de suspensão da execução da sentença proferida na Ação Ordinária 89.0001373-4/DF.

Pelo exposto, DEFIRO, EM PARTE, o requerimento e determino o levantamento dos valores objeto de depósito judicial nestes autos, revertendo-se tais valores para os Precatórios 1997.01.00.024237-8/DF e 1998.01.00.046938-2/DF e colocando-os à disposição do Exmo. Sr. Desembargador Federal Presidente desta Corte.

[...]

11. Petição do FNDE informou que o acórdão na ação rescisória ainda não havia transitado em julgado, tendo em vista que ainda se encontravam pendentes de apreciação embargos de divergência por ele opostos (fls. 1.166 e seguintes), razão pela qual tornei sem efeito o *decisum* anterior, *verbis* (fl. 1.190):

[...]

3. Com efeito, a certidão de fl. 1132 informa o trânsito em julgado da decisão proferida pelo col. STF no Recurso Extraordinário 606.203, interposto pela União do acórdão deste Tribunal na ação rescisória em referência.

4. Ocorre que ainda encontram-se pendentes de apreciação no Superior Tribunal de Justiça os Embargos de Divergência opostos pela União e pelo FNDE do acórdão que não conheceu dos recursos especiais por eles interpostos, os quais foram admitidos pelo Relator, eminente Ministro Herman Benjamin.

5. Assim, apesar do decurso de prazo para manifestação quanto à última decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda não é possível se falar em trânsito em julgado do acórdão na ação rescisória.

Pelo exposto, torno sem efeito a decisão de fls. 1160-1162 e, por consequência, mantenho o depósito judicial dos valores referentes aos Precatórios 1997.01.00.024237-8/DF e 1998.01.00.046938-2/DF.

Oficie-se, com urgência, ao Exmo. Sr. Desembargador Federal Presidente, encaminhando-lhe cópia desta decisão e da petição de fls. 1166-1188, com a informação para que seja desconsiderado o teor do Ofício/COCSE/Nº 2422, de 21 de novembro de 2014, desta Relatoria, encaminhado à douta Presidência.

[...]

12. Agora, a ré (Nutrimental) informa que os embargos de divergência foram definitivamente julgados, com o consequente trânsito em julgado do acórdão na rescisória.

13. Feitas essas considerações, ressalto que o regime de precatórios está assim disciplinado na Constituição Federal:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Vide Emenda Constitucional 62, de 2009)

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

14. Já o CPC regula a matéria em seu art. 730, a saber:

Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras: (Vide Lei nº 8.213, de 1991) (Vide Lei nº 9.469, de 1997) (Vide Lei nº 9.494, de 1997)

I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

15. Portanto, o pagamento de valores decorrentes de condenação da Fazenda Pública deve, obrigatoriamente, obedecer ao regime dos precatórios.

16. Ademais, a garantia prestada, a qual, a meu ver, não se fazia necessária para o deferimento da liminar, em razão inclusive da indisponibilidade e da impenhorabilidade dos bens públicos, não tinha como objetivo assegurar o pagamento dos precatórios já expedidos, mesmo porque a Fazenda Pública goza da presunção de solvabilidade. A esse respeito, vejam-se os seguintes precedentes:

RESP - PREVIDENCIARIO - AUTARQUIA - SEQUESTRO DE BENS - A AUTARQUIA, PESSOA JURIDICA DE DIREITO PUBLICO, GOZA DA PRESUNÇÃO DE SOLVABILIDADE. O PAGAMENTO DE SEUS DEBITOS, ADEMAIS, OBEDECE A PROCEDIMENTO ESPECIAL (PRECATORIO). O SEQUESTRO DE BENS SO E LICITO QUANDO, HAVENDO DISPONIBILIDADE, NÃO FOR RESERVADA VERBA PARA O PRECATORIO, EVIDENCIANDO INTUITO PROCRASTINATORIO, OU "ANIMUS" DE NÃO PAGAR. ALEM DISSO, A EXTENSÃO E RESTRITA AO VALOR DO DEBITO. (RESP 199600338027, LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, STJ - SEXTA TURMA, DJ DATA:10/03/1997 PG:06012 ..DTPB:.)

RESP - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO RESCISORIA - DEPOSITO - AUTARQUIA - A LEI N. 8.620/93, ARTIGO OITAVO, CONFERE AO INSS AS PRERROGATIVAS E PRIVILEGIOS ASSEGURADOS A FAZENDA PUBLICA. O D.L. 200 E O D.L. 900 ESTABELECEM MUITA DISTINÇÃO ENTRE PESSOAS JURIDICAS DE DIREITO PUBLICO E AS PESSOAS JURIDICAS DE DIREITO PRIVADO. ENTRE AS PRIMEIRAS, SITUAM-SE AS AUTARQUIAS. EM CONSEQUENCIA, RECEBE O MESMO TRATAMENTO DE FAZENDA PUBLICA. A PROPOSITO, HA LEI EXPRESSA - D. L. N. 7.659, DE 21.06.45. A AUTARQUIA (GOZA DA PRESUNÇÃO DE SOLVABILIDADE) ESTA DISPENSADA DO DEPOSITO DE QUE TRATA O ART. 488, II, CPC. (RESP 199500503255, LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, STJ - SEXTA TURMA, DJ DATA:09/09/1996 PG:32414 ..DTPB:.)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR DEFERIDA - ECT - IMUNIDADE RECÍPROCA - ART. 150, VI, "A", DA CF/88 - CPD-EN: POSSÍVEL, MESMO À MÍNGUA DE GARANTIA ESPECÍFICA - SENTENÇA CONCESSIVA MANTIDA 1 - A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - Empresa Pública, que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União e por ela mantido, equipara-se à Fazenda Pública, não incidindo, em relação a ela, a restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas. Goza, portanto, de imunidade tributária (CF, art. 150, VI, a), de impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, e os pagamentos de seus débitos reconhecidos por sentença judicial devem ser realizados por meio de precatório, na forma prevista no art. 100 da Lei Maior (STF, RE 364202/RS). 2 - Viável assegurar-se à ECT, equiparada à ente público, a obtenção de CPD-EN sem prévia garantia porque [a] sua natureza jurídica impossibilita a formalização de garantia por força da impenhorabilidade e indisponibilidade de seus bens; [b] há em seu favor presunção de solvabilidade; e [c] há sistemática constitucional de liquidação de suas dívidas, que se concretiza pelo rito do precatório (art. 100 da CF/88). 3 - A situação fática exauriente consolidada pela liminar satisfativa e a temporal validade da certidão recomendam a manutenção da sentença. 4 - Remessa oficial não provida. 5 - Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 28 de abril de 2014., para publicação do acórdão. (REOMS 00041911220134013802, DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, TRF1 - SÉTIMA TURMA, e-DJF1 DATA:09/05/2014 PAGINA:2253.)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. AÇÃO PRINCIPAL JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. CPD-EN PARA MUNICÍPIOS. 1. "A finalidade do processo cautelar é assegurar o resultado útil ao provimento judicial que o interessado venha a alcançar no processo principal, sendo suficiente ao deferimento da providência cautelar que o direito no qual se funda a postulação seja perceptível de plano e que haja a necessidade premente do pronunciamento judicial, a evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 796 do CPC). Julgada parcialmente procedente a ação principal, a ação cautelar deve seguir o mesmo caminho." (AC 0029156-80.2001.4.01.3800/MG, Rel. Desembargadora Federal Maria Do Carmo Cardoso, Oitava Turma, e-DJF1 p.675 de 14/01/2011). 2. Quanto ao pedido para expedição da certidão negativa, conforme decidido pela Sétima Turma desta Corte, o município, por ser ente público, "(...) cujos bens são impenhoráveis e que se presume, como fazenda pública, detentor de solvabilidade plena, a CND/CPD-EN não lhe pode ser negada, seja porque o requerente não é obrigado a oferecer bens em garantia em caso de parcelamento (art. 47, § 8º, da lei nº 8.212/91), seja porque, na espécie, o INSS já faz uso do bloqueio que lhe pode fazer as vezes (...)" (AMS 0004711-97.2007.4.01.3311 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.59 de 01/10/2010). 3. Remessa oficial desprovida. (REO 00321384420034013300, JUIZ FEDERAL WILSON ALVES DE SOUZA, TRF1 - 5ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 DATA:14/08/2013 PAGINA:124.)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO. MUNICÍPIO. DESNECESSIDADE DE GARANTIA PARA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. SUJEIÇÃO AO REGIME PRÓPRIO DE EXECUÇÃO. ART. 730 DO CPC. REMESSA OFICIAL E

APELAÇÃO IMPROVIDAS. 1. Em regra, o ajuizamento de ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária não implica, por si só, na suspensão da exigibilidade do crédito tributário, estando o sujeito ativo apto a promover todos os atos de exigência, direta e indireta, no intuito de receber o crédito tributário constituído. Tal iniciativa do sujeito ativo somente restaria obstada, se presentes as situações descritas no art. 151, do Código Tributário Nacional, destacando-se o depósito do valor integral, liminar ou antecipação de tutela. 2. Não obstante, em sendo devedora pessoa jurídica de direito público, cujo regime jurídico para satisfação das obrigações, inclusive tributárias, tem disciplina própria a teor do que dispõe o art. 730, do Código de Processo Civil, em cujo âmbito não se impõe qualquer garantia para a satisfação do crédito exigido, os efeitos decorrentes da inadimplência não assumem a mesma amplitude aplicada às pessoas jurídicas de direito privado. Isto porque, além da presunção de solvabilidade própria à condição de Fazenda Pública, do ente devedor, seus bens não se sujeitam a qualquer espécie de constrição como garantia de adimplemento de suas obrigações. 3. Assim, estando o Município litigando sobre a legalidade da obrigação tributária, em ação declaratória de nulidade da obrigação, não se lhe pode impor, em razão do crédito tributário, qualquer espécie de restrição. Esta a orientação jurisprudencial consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de que são exemplos os seguintes precedentes: REsp 1180697/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 26/08/2010; REsp 1115458/BA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJe 17/12/2009. 4. Postas estas premissas, enquanto não exaurida a instância judicial em que provocada a anulação da relação jurídica tributária imputada ao Município, não está a Fazenda Pública credora habilitada a medidas que importem na exigibilidade do crédito tributário, ainda que ausentes as situações descritas no art. 151, do Código Tributário Nacional. 5. Nego provimento à remessa oficial e à apelação. (AC 00117112019994013800, JUIZ FEDERAL ITELMAR RAYDAN EVANGELISTA, TRF1 - 6ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 DATA:24/07/2013 PAGINA:452.)

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. INCIDÊNCIA. RECEITA ORIUNDA DE PRODUÇÃO RURAL. PRODUTORES RURAIS: PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS. SUSPENSÃO DO TRIBUTO. GRAVE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA. FAZENDA PÚBLICA. PRESUNÇÃO DE SOLVABILIDADE. 1. Tratando-se de pedido de suspensão de segurança, em face da execução de liminar ou de sentença, via excepcional de revisão temporária do ato judicial, seu enfoque se restringe ao exame da potencialidade danosa do provimento jurisdicional, a fim de se evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (arts. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, e 15 da Lei 12.016/2009), não cabendo, portanto, em regra, o exame das questões de mérito envolvidas no processo de fundo. 2. Não cabe a discussão exauriente sobre o acerto ou o desacerto jurídico da decisão, na perspectiva da ordem jurídica, matéria que deve ser tratada nas vias recursais ordinárias. Admite-se apenas, em nível de deliberação ou de descrição do cenário maior do caso, para aferição da razoabilidade do deferimento ou do indeferimento do pedido - um juízo mínimo de deliberação a respeito da questão jurídica deduzida na ação principal. Se esse juízo mínimo de deliberação não se revela positivo, em princípio não cabe a suspensão de liminar. 3. Os tributos respondem em grande parte pela formação das receitas públicas, de modo que a perda de parcela significativa desse capital implica severo prejuízo à União. Nessa perspectiva - aptidão para causar danos graves à ordem e à economia públicas, e com efeito multiplicador geométrico -, a decisão impugnada deve ser sustada em parte na sua eficácia, a despeito dos seus fundamentos de mérito, que devem ficar reservados ao exame do órgão julgador natural. 4. A suspensão de exigibilidade de tributos, sob a pecha de suposta inconstitucionalidade, deve ser precedida de análise cuidadosa. A Lei 10.256, de 09/07/2001, alterada pela Lei 10.993, de 14/12/2004, que modificou a redação do art. 25 da Lei 8.212, de 24/07/1991, veio a lume na constância a EC N. 20/98. Mas, como os incisos I e II do art. 25 ainda têm a redação atualizada até a Lei 9.528/97, e, como tais, foram declarados inconstitucionais pelo STF, carece de base legal e constitucional a exigência da contribuição social sobre a produção rural, da parte do produtor pessoa física. O mesmo não se pode afirmar da exigência da contribuição do produtor rural pessoa jurídica, com base no art. 25 da Lei 8.870, de 15/04/1994, com a redação da Lei 10.256, de 09/07/2001, tema não tratado pelo STF no RE 363.852 - MG. As leis têm a seu favor a presunção de constitucionalidade. 5. Corre em favor da Fazenda Nacional a presunção de solvabilidade. Em caso de procedência da ação ajuizada, os supostos valores pagos indevidamente poderão ser repetidos, sem nenhum risco de dano irreparável. 6. Provimento parcial do agravo regimental. (AGRSES 00291310620104010000, DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, TRF1 - CORTE ESPECIAL, e-DJF1 DATA:26/01/2011 PAGINA:300.)

17. Assim, o fato de, na cautelar, o FNDE ter sido sucumbente em razão da extinção do processo sem julgamento do mérito não autoriza o levantamento dos valores objeto do depósito judicial em favor da autora da ação originária, ré na rescisória e neste feito. A extinção da cautelar sem resolução do mérito se deu em razão do trânsito em julgado do acórdão na ação rescisória, que concluiu pela improcedência do pleito de desconstituição da sentença no feito originário.

18. Logo, não mais subsistindo no mundo jurídico a decisão que determinou a suspensão das quantias decorrentes do precatório, a consequência lógica é a restituição dos valores objeto do depósito judicial ao FNDE e a retomada do curso normal dos precatórios, a partir da fase em que se encontravam quando do deferimento da medida liminar nesta cautelar.

19. O que não pode prevalecer é a pretensão de levantamento dos valores depositados, pois, em assim se concluindo, o que ocorreria, conforme bem salientou o Ministério Público Federal, seria a burla à sistemática do regime de precatórios, já que, eventual levantamento desses valores pela referida sociedade empresária, importaria

em antecipação pelo Poder Judiciário, sem a necessária dotação orçamentária, do pagamento que deveria ser realizado na forma e na ordem cronológica prevista no art. 100 da Constituição Federal.

20. Ademais, em razão da aludida medida liminar, o então Presidente desta Corte, Desembargador Federal Plauto Ribeiro, determinou o sobrestamento dos precatórios, conforme fl. 451.

Pelo exposto, *indefiro* o requerimento de levantamento dos valores objetos de depósito judicial nestes autos em favor da ré (Nutrimental). Requeira o FNDE o que entender cabível a respeito do(s) depósito(s).

Publique-se. Intimem-se as partes e o Ministério Público Federal.

Brasília/DF, 27 de janeiro de 2016.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, Presidente da 3ª Seção.

Agravo de Instrumento 0004316-32.2016.4.01.0000/MT

Relator: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (convocado)
 Agravante: Estado de Mato Grosso
 Procuradores: Dr. Carlos Antonio Perlin e outro
 Agravado: Ministério Público Federal
 Procuradores: Dr. Thiago Augusto Bueno e outro
 Agravado: Ministério Público do Estado de Mato Grosso
 Procurador: Dr. Frederico Cesar Batista Ribeiro
 Publicação: e-DJF1 de 10/02/2016, p. 454

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida nos autos da ação civil pública, atualmente em curso na 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Cáceres/MT, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a União Federal e o Estado de Mato Grosso, em que se busca a concessão de provimento judicial, no sentido de que sejam implementadas medidas concretas e eficazes para desocupação e isolamento da área onde se instalou o garimpo ilegal da Serra da Borda, na região de Pontes e Lacerda, no Estado de Mato Grosso.

O juízo monocrático deferiu, em parte, o pedido de antecipação da tutela formulado no aludido feito, nestes termos:

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL em face da UNIÃO e ESTADO DE MATO GROSSO, objetivando a adoção de medidas concretas e eficazes para desocupação e isolamento da área onde se instalou o garimpo ilegal da Serra da Borda, região de Pomes e Lacerda/MT.

Alegam em síntese que:

- a) Em urna área que dista cerca de 10 km (dez quilômetros) da cidade de Pontes e Lacerda-MT. na localidade Serra do Caldeirão, instalou-se nos últimos meses um garimpo ilegal de extração do minério ouro;
- b) Referida atividade, além da ilicitude que lhe é própria, passou a instigar uma corrente de atividades ilícitas dela diretamente decorrente. A cidade de Pontes e Lacerda, localizada na fronteira com a Bolívia, já rota de tráfico de entorpecentes e com o garimpo a criminalidade aumentou de forma vultuosa,
- c) Informações iniciais indicam que em época compreendida entre final de setembro e início de outubro o número de pessoas na área era de aproximadamente 500, tendo havido um aumento significativo em um curto espaço de tempo. Inaugurou-se assim urna vila de garimpeiros, que passou a ser conhecida como "Nova Serra Pelada".
- d) Em 13.10.2016 foi ajuizada perante a P Vara Federal de Cáceres, ação civil pública em face de Serra da Borda Mineração e Metalurgia s/A, Mineração Santa Elina Indústria e Comércio, Mineração Silvana Indústria e Comércio Ltda. Sebastião Freitas Azambuja, Celso Luiz Fante e demais ocupantes/invasores da área delimitada na inicial, objetivando a cessação da extração ilegal de minério.

A liminar foi deferida parcialmente, determinando, em síntese, a desocupação imediata da área, a retirada das pessoas que lá se encontravam, proibição de ingresso, apreensão de equipamentos e minério encontrados, remoção de

veículos existentes e permanência de força policial no local pelo prazo mínimo de dez dias após a desocupação, bem como apresentação pelo MPF de plano articulado quanto ao cumprimento da decisão por prazo superior.

Após a decisão prolatada houve várias articulações entre as forças de segurança pública da União e do Estado de Mato Grosso a fim de dar início às operações de desocupação. Dentre as estratégias definidas, buscando o mínimo uso de força na desocupação foi a ampla divulgação da decisão e a concessão de prazo para desocupação voluntária dos garimpeiros. No dia 10.11.2015 foi realizada a desocupação através do uso da força policial, inclusive com o cumprimento de mandados de prisão, expedidos nos inquéritos envolvendo praticas delitivas no garimpo. Dentre as prisões efetuadas, encontram-se agentes públicos pertencentes aos quadros da Polícia Civil do Estado de Mato Grosso.

Ficou definido no cronograma da operação um revezamento dentre as forças policiais envolvidas para manutenção da desocupação efetuada, Dentre os dias 16 a 19 de novembro a responsabilidade foi da Polícia Militar, dos dias 20 a 22 de novembro. Polícia Federal em conjunto com a Polícia Rodoviária Federal e entre 23 e 25 de novembro. Polícia Civil e GEFRON. A manutenção das forças policiais, entretanto, foi mantida pelo prazo de dez dias, não tendo as forças de segurança apresentado cronograma maior, sob justificativa de falta de efetivo.

Em razão de complexidade da situação bem como falta de efetivo das forças policiais locais, o Governador do Estado solicitou à Presidência da República e ao Ministro da Justiça o apoio da Força Nacional (doc anexo).

Em 11.12.2015, o Magistrado natural do feito determinou a expedição de ofício ao Ministro da Justiça solicitando informações quanto ao envio das Forças Armadas e da Força Nacional, não tendo havido qualquer manifestação ou envio de força policial a área.

Diante de tais condutas omissivas, houve a reocupação da área. Conforme Relatório de Inteligencia nº 41 (em anexo) da Agência Nacional de Inteligência do 12º Comando Regional da Polícia Militar de Mato Grosso, datado de 01/12/2015, uma semana após a cessação das atividades de segurança, aproximadamente duas mil pessoas voltaram a ocupar o lugar, inclusive armadas com revólveres e pistolas para fazer a defesa de seus "buracos".

Paralelamente, a criminalidade voltou a aumentar, com apreensão de entorpecentes, ouro ilegal, notícias de pessoas armadas invadindo propriedades particulares próximas ao local.

No dia 10.12.2015 houve registro de uma pessoa atingida por arma de fogo dentro do garimpo.

Em 13.12.2015 houve novo registro de pessoa ferida por arma de fogo e o primeiro homicídio. Segundo informações, um adolescente de 13 anos foi atingido na testa pelo disparo de arma de fogo de um dos garimpeiros. Ato contínuo, os demais garimpeiros, inconformados com a situação, torturaram e lincharam o autor do disparo, que veio a óbito, conforme informações do Boletim de Ocorrência nº2015.371869.

Em 15.12.2015 duas pessoas foram presas em flagrante com 60 invólucros de material explosivo, 100 espoletas de detonador e 01 cordel detonantes de explosivos, que conforme consta nos autos de prisão em flagrante foram adquiridos na Bolívia para a exploração do garimpo ilegal.

Há também informações acerca do uso ilegal de mercúrio no garimpo, como filtro para limpeza do ouro, comprometendo o meio ambiente e a saúde da população.

Diante de tais fatos e omissão do Estado e da União com a situação exposta, requerem o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual que ambos sejam compelidos a adotar medidas concretas e eficientes de desocupação da área, apresentando um projeto articulado para concretização das medidas.

É a breve síntese dos fatos.

Vieram-me os autos conclusos.

Decido.

DA COMPETENCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

O patrimônio mineral constitui uns dos bens mais relevantes para o desenvolvimento econômico e social de qualquer país e, dada a sua natureza escassa e o seu caráter estratégico, deve necessariamente ter seu aproveitamento regulado pelo Estado.

Pelo impacto que podem causar no modo de vida e desenvolvimento da nossa sociedade, estes bens são sujeitos ao estrito controle do Estado, que deve atuar para preservá-los e racionalizar a sua utilização. Caso contrário, a exploração dos recursos minerais tenderia a ser excessiva e degradante, e poderia causar impactos altamente nocivos.

Com efeito, o Constituinte houve por bem incluí-lo na categoria de bem de propriedade da União, elencando-o na categoria de bens públicos, por força do previsto nos artigos 20, IX, e 176 da Constituição Federal, in verbis:

Art. 20. São bens da União:

[...]

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiras ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

A Lei nº 8.876/1994, por sua vez, concede ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) a atribuição de fiscalizar, em conjunto com as autoridades ambientais, o controle ambiental dessas atividades, estabelecendo os diversos requisitos e exigências prévias a serem cumpridas pelo minerador, como, por exemplo, licença ambiental e demonstrações de capacidade técnica e econômica para a exploração. Tudo isso para que a potencial mina atenda a sua função social, no interesse público.

Pelo que se extrai dos autos, não há para o local indicado qualquer autorização para a extração de minério de ouro.

Logo, resta evidente que o DNPM não expediu qualquer concessão de lavra que autorize a extração do minério ouro na região, nem em favor das pessoas jurídicas ou naturais requeridas, nem em favor de quem quer que seja.

Assim, qualquer atividade extrativista implementada é ilegal dado à ausência da concessão, nos termos exigidos no artigo 7º do Código de Mineração (Decreto-lei n. 227 de 28 de fevereiro de 1967, com as alterações determinadas pela Lei 9.314/96).

Art. 7º O aproveitamento das jazidas depende de alvará de autorização de pesquisa, do Diretor-Geral do DNPM, e de concessão de lavra, outorgada pelo Ministro de Estado de Minas e Energia.

Consigno também que, tratando-se de área de fronteira, a atividade de lavra dependeria de prévio consentimento do Conselho de Segurança Nacional, conforme exige a Lei nº 6.634, de 2 de maio de 1979. Vejamos:

Art. 2º - Salvo com o assentimento prévio do Conselho de Segurança Nacional, será vedada, na Faixa de Fronteira, a prática dos atos referentes a:

[...]

IV- instalação de empresas que se dedicarem às seguintes atividades:

a) pesquisa, lavra, exploração e aproveitamento de recursos minerais, salvo aqueles de imediata aplicação na construção civil, assim classificados no Código de Mineração;

Além da extração de bem de propriedade da União ocorrida na área, cujo interesse já atrai a competência para a Justiça Federal, o objeto do presente pleito é pontualmente relacionado com o dever de prestar segurança pública.

O tema tem tratamento específico na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 144. O texto dispõe que a segurança pública e “dever do Estado” e deve ser exercida pelas Polícias Federal, Rodoviária Federal, Civis, Militares e Corpos de Bombeiros militares. Compete à União a defesa dos seus interesses e dos seus órgãos, o policiamento da faixa de fronteira e o combate ao tráfico internacional e interestadual de drogas, prevenir e reprimir o contrabando e o descaminho, bem como realizar o patrulhamento das rodovias federais.

Havendo responsabilidade mútua da União e do Estado de Mato Grosso, a competência é automaticamente atraída para a Justiça Federal.

Logo, reconheço a competência da Justiça Federal para julgamento da presente ação.

Os autores requereram, liminarmente, a determinação para que a União e o Estado adotem medidas concretas e eficazes de desocupação e isolamento da área onde se instalou o garimpo ilegal da Serra da Borda, em Pontes e Lacerda/MT, apresentando plano de execução das medidas no prazo de cinco dias e de início de efetivação da desocupação no prazo máximo de quinze dias.

Através dos fatos narrados na inicial, os quais são de conhecimento público e notório, pois noticiados constantemente na imprensa, verifica-se a ocupação por um número significativo de pessoas no garimpo ilegal da região de Pontes e Lacerda/MT, região conhecida como Serra da Borda.

Ademais, não se pode desprezar a particularidade da região em que se encontra implantada a atividade clandestina, sendo região de fronteira e palco de constantes apreensões de drogas e armamentos.

Pois bem. Verifico que inicialmente foi proposta urna ação civil pública (nº 3759-43.2015.4.01.3601, em trâmite na 1ª Vara Federal de Cáceres) contra os donos das propriedades onde se encontra o garimpo, as pessoas jurídicas que buscam a regularização da lavra para exploração da propriedade e todos os demais ocupantes do local. A despeito da gravidade da situação, mesmo com um plano inicial de desocupação com a participação do Governo do Estado e requerimento de auxílio das forças armadas da União, não foi conferida continuidade às tratativas inicialmente firmadas, em especial diante da omissão da União quanto ao auxílio prestado pelas forças do exército, tendo como consequência o retorno das pessoas que inicialmente haviam desocupado a área de forma voluntária.

A reocupação veio acompanhada de um incremento significativo da violência, tanto na Serra da Borda, como na região. O garoto que estava hospitalizado no momento da propositura da inicial veio a falecer nesta terça-feira (22.12.2015), fato noticiado em todos os meios de comunicação.

Mesmo diante de toda esta situação de risco não somente ambiental e patrimonial, mas também à vida e integridade das pessoas, os entes estatais não se manifestam e não agem, conjunta de todos os entes públicos envolvidos, diante do

número de pessoas ocupando o local, bem como de se tratar de uma situação delicada haja vista que há muitos garimpeiros armados que colocam em risco a vida de outros garimpeiros que também ocupam o local.

A segurança pública é dever do Estado e direito de todos, conforme se depreende dos dispositivos constitucionais que dispõem sobre o tema:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...) (grifos não constantes no original)

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (grifos não Constantes no original)

E, mais precisamente:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação do ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos;

O direito à segurança pública esta assinalado, assim, na Constituição Federal, como direito fundamental do brasileiro.

Nesse raciocínio, fazendo a associação do artigo 144, com o artigo 1º. incisos II e III e artigo 5º, tem-se que o direito à segurança pública, além de um direito fundamental social (art. 6º), deve ser compreendido como um direito fundamental do homem em si considerado (também um direito individual).

O artigo 144 apresenta a questão da segurança pública como “direito de todos” e aliadas à ideia de cidadania do artigo 1º. inciso II, chega-se à individualização do direito, postando-o também como o direito fundamental individual de toda pessoa, no exercício da cidadania, obter do Estado a devida e esmerada prestação de segurança que lhe é assegurada pela norma maior (art. 5º, XXXV).

Trata-se de conclusão lógica obtida através dos dispositivos constitucionais, pois, considerando uma sociedade de homens imperfeitos onde vivemos, indispensável a segurança prestada pelo Estado a fim de se permitir um convívio social adequado.

Tendo em vista que o ordenamento jurídico atribui ao Estado o dever de prestar Segurança Pública aos cidadãos que, por sinal, pagam tributos para tal finalidade, e, considerando as situações fáticas, descritas na inicial e que constituem fatos incontroversos e notórios posto que de forma contínua tem sido objeto de notícias tanto na mídia como no meio policial (vide a quantidade de inquéritos em curso relacionado a fatos decorrentes do garimpo ilegal) verifica-se a omissão do não fornecimento de recursos pessoais e materiais necessários e indispensáveis à atividade de Segurança Pública e, como tal, está a violar preceito legal e constitucional, ao que se posta a presente medida visando a resgatar o cumprimento da legislação em vigor,

Ressalto ainda que paralelamente à atividade garimpeira gira a prática de diversos outros crimes, como o próprio tráfico de drogas, o tráfico de armas, o tráfico de pessoas especificamente para prostituição, sonegação fiscal, crimes contra a ordem tributária, crimes contra o sistema financeiro e outros que são impelidos pelo aumento desenfreado da população que vem se deslocando de todos os lugares do país em busca do sonho da riqueza fácil que tem sido propagado pelas redes sociais.

Todos estes fatos relacionados à falta de segurança prestada pelo Estado no local,

Destaca-se assim, a necessidade não apenas de existir a devida prestação de segurança pública pelo Estado aos cidadãos, mas também assinalar que referida segurança deve ser posta de forma eficiente, atendendo-se às necessidades da população.

Digo eficiente pois já houve uma tentativa de desocupação, exitosa em uni primeiro momento, mas que em razão da falta de continuidade nas atividades objeto do plano de desocupação, restaram infrutíferas após um curto espaço de tempo.

Esta Magistrada não é alheia a situação da insuficiência de efetivos tanto da Polícia Federal como da Polícia Civil e Militar para manter a desocupação do local por um dado período de tempo. Contudo, o que foi verificado na ACP inicialmente proposta é que o Estado em um primeiro momento se prontificou a agir inclusive requerendo o apoio da Força Nacional de Segurança, mas em um segundo momento, negligenciou os acontecimentos, de forma que a situação hoje encontra-se muito pior que à época da propositura da primeira ação (vide as mortes que ocorreram nos últimos quinze dias).

A União negligenciou o pedido de apoio das forças do exército.

Conforme já exposto, foi solicitado pelo Magistrado responsável pela primeira ACP o apoio das forças nacionais, considerando que a Polícia Federal (Polícia Judiciária da União) presente no Estado de Mato Grosso não tem efetivo suficiente para manter a desocupação sem interromper por completo o trabalho em várias delegacias.

E, é imprescindível que o trabalho prestado pela Polícia, seja ela Federal, Civil ou Militar não seja interrompido para solucionar um dado problema. Pois solucionar-se-ia um com a criação de outros.

Diante deste fato, forçoso que o plano de desocupação e em especial, de manutenção posterior desta desocupação, tenha o auxílio das Forças Armadas, instrumento militar responsável pela defesa do Brasil, que tem como funções assegurar a integridade do território nacional; defender os interesses e os recursos naturais, industriais e tecnológicos brasileiros; proteger os cidadãos e os bens do país; garantir a soberania da nação.

Também é missão das Forças Armadas a garantia dos poderes constitucionais constituídos e, por iniciativa destes, atuar na garantia da lei e da ordem para, em espaço e tempo delimitados, preservar o exercício da soberania do Estado e a indissolubilidade da Federação.

Verifica-se que muitos garimpeiros que atualmente ocupam o local retornaram após constatarem que a primeira desocupação não foi mantida com o afastamento das forças policiais, Logo, gasta-se tempo e dinheiro implementando uma desocupação mas não fornecendo meios para mantê-la.

O custo da atividade ineficiente é muito maior do que eventuais diárias e deslocamentos para o custeio do apoio das forças nacionais de segurança.

O direito à segurança efetiva, em especial diante de uma situação concreta de perigo, não pode sofrer limitação decorrente de interesses econômicos, orçamentários ou entraves burocráticos impostos pela administração pública, especialmente, quando se trata de situação concreta que coloque em risco a integridade e vida das pessoas. Em suma, não é admissível a limitação da promoção do direito à segurança diante de casos concretos de risco com fundamento no comprometimento orçamentário ou em barreira imposta pela burocracia estatal.

Nesse raciocínio, entendo que não é cabível ao Poder Judiciário a intervenção direta, imediata e aleatória em ações relacionadas às políticas públicas do Estado, pois que se tratam de ações que devem obedecer não somente à conveniência, mas também aos demais princípios que regem a atividade administrativa.

Contudo, há situações, onde a conveniência estatal deve ser superada pelo interesse público em questão. No presente caso, lemos múltiplas situações que justificam a intervenção do Judiciário em uma situação inicialmente conferida ao âmbito de políticas públicas estatais em especial porque o ao Estado foi oportunizada a ação (tratativas ocorridas no ACP nº 3759-43.2015.4.01.3601) e este, inicialmente se comprometendo, em um segundo momento negligenciou a causa.

Constatam-se riscos diretos e imediatos à vida e integridade física das pessoas que lá se encontram (vide homicídios, lesões e desmoronamentos que há ocorrerem), bem como danos ao meio ambiente e usurpação de bens da União.

O Poder Judiciário, assim, não irá realizar ato de gestão típico da Administração Pública, como se estivesse avocando funções que não lhe são inerentes ou sequer possibilitadas pela Constituição Federal. Sua competência e dever é garantir respeito e cumprimento das normas constitucionais, principalmente a observação da máxima eficácia das normas que versem sobre direitos fundamentais do homem.

A Constituição Federal impõe ao Estado o dever de promover políticas públicas adequadas para o atendimento à segurança pública restando ao judiciário corrigir eventual defeito na promoção da política do atendimento.

O Poder Judiciário deve intervir com a finalidade de corrigir eventual equívoco ou suprir lacuna na política pública de segurança, pois lhe é atribuída a função de controle da atuação administrativa do Poder Executivo, em especial na promoção dos Direitos Fundamentais.

Verificada a omissão de política pública ou demonstrada à ineficiência diante de uma situação de risco concreta é possível a intervenção via judicial visando promover o fornecimento de segurança adequada para conter unia situação de risco iminente.

Se o Estado adorar política pública obsoleta e reconhecidamente imprestável diante dos conhecimentos científicos existentes deverá ela ser descartada em favor de uma outra mais eficaz e moderna na medida das condições [áticas e jurídicas] existentes. Essa necessidade de manutenção de certa atualidade das políticas públicas já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal

Quanto à antecipação de tutela pretendida, imperioso constatar se presentes os requisitos previstos no artigo 273 do CPC.

Nos termos do art. 273, §7º, do CPC, o pedido de antecipação de tutela poderá ser examinado em qualquer tempo, sendo que, em se tratando de ação civil pública, como no caso, as medidas de urgência podem ser concedidas até mesmo de ofício, por força do que dispõe o art.11 da Lei nº. 7.347/85, *tu verbis*:

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer; o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena da execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Segundo a jurisprudência predominante dos Tribunais Superiores, o dispositivo em comento tem natureza cautelar, devendo ser observado o art. 798 do CPC, que dispõe sobre o Poder Geral de Cautela do Juiz, ao qual autoriza a concessão da providência de urgência, desde que demonstrado afundado receio de que urna das partes, antes do julgamento da lide, cause ao direito de outrem lesão grave e/ou de difícil reparação.

No exercício do poder geral de cautela, pode o juiz impor a adoção das “medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”, podendo, inclusive, “para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução” (CPC arts. 798 e 799), em consonância com a garantia fundamental insculpida no art. 5º , inciso XXXV, CF, na determinação de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Pelos fundamentos acima expostos restam evidenciados os requisitos atinentes à antecipação de tutela, uma vez que é evidente a verossimilhança das alegações presentes no pedido inicial (art. 273, caput, do CPC), tendo em vista ser indubitável a ausência de segurança na região da Serra da Borda diante do retorno dos garimpeiros que haviam desocupado o local na primeira liminar concedida, bem como o aumento da criminalidade na região.

Ademais, é também presente o fundado receio de dano irreparável (art. 273, inc. I, do CPC), e do iminente perigo social que as pessoas que estão não só no garimpo, mas também em toda a região ao redor decorrente da atividade ilegal exercida.

Assim, necessária a imediata cessação da atividade ilegal com a retirada de todas as pessoas da área, bem como a manutenção de forças de segurança no local a fim de evitar o retorno de tais garimpeiros como já aconteceu quando da primeira desocupação.

Por outro lado, não passa despercebido a este Juízo Federal que o local é habitado por uma quantidade significativa de pessoas de todas as idades, entre as quais se encontram até mesmo crianças e idosos, o que reclama prudência e serenidade no cumprimento da ordem.

Tal circunstância, embora deva ser considerada, sobretudo pela manifesta dificuldade na extrusão a ser realizada, não torna lícito o que é ilícito, de modo que a desocupação do local deverá ser realizada, Porém com as cautelas necessárias.

Assim, nos termos do art. 273, § 3.º e/e artigo 461, § 4º do Código de Processo Civil, entendo como necessária a fixação de multa diária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a fim de impedir o retorno dos invasores tão logo seja desocupada a área, para que o processo não se transforme em instrumento inútil, possibilitando que lhe seja emprestada a imprescindível efetividade tão almejada pelos jurisdicionados.

No que range ao prazo requerido pelo Ministério Público em sua petição, entendo que deve ser flexibilizado em razão do momento em que esta liminar está sendo concedida, qual seja, no plantão judicial. Esta Magistrada não é desconhecadora do fato que todos os órgãos públicos neste momento do ano trabalham com um efetivo bem reduzido, de forma que entendo por bem dilatar os prazos requeridos a fim de se buscar máxima efetividade com a medida determinada.

Assim em face ao exposto e por tudo mais que nos autos consta, DEFIRO parcialmente a medida liminar requerida para fins de determinar:

a) A apresentação pelos requeridos, no prazo 15 (quinze) dias de projeto articulado com medidas concretas e eficazes para desocupação e isolamento da área onde se instalou o garimpo ilegal na Serra da Borda, região de Pontes e Lacerda/MT, bem como de medidas para manutenção da força de segurança na área, de forma a evitar que a desocupação seja inócua com o retorno dos garimpeiros em momento posterior,

b) A instituição concreta das medidas estabelecidas no projeto adrede exposto, no prazo de 15 (quinze) dias após a apresentação plano acima especificado, para desocupação e isolamento da área onde se instalou o garimpo ilegal na Serra da Borda, região de Pontes e Lacerda/MT com a prudência que o caso requer, destacando-se o fato de que são muitas pessoas, dentre os quais se encontram mulheres, idosos e crianças;

c) A adoção, no prazo de 05 (cinco) dias de medidas de divulgação da ordem de desocupação do garimpo,

Em caso de descumprimento de quaisquer das determinações acima, fixo multa diária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Intime-se com urgência para cumprimento desta decisão:

a) A União e o Estado de Mato Grosso, requeridos, por meio de seus representantes legais.

b) A Presidente da República e o Governador do Estado de Mato Grosso, Chefes do Executivo.

c) O Ministro da Justiça, o Ministro da Defesa e o Secretário de Segurança Pública do Estado de Mato Grosso.

Cientifique-se eletronicamente, em razão do plantão, o Ministério Público Federal e Estadual dá presente decisão

Citem-se os requeridos União e Estado de Mato Grosso para contestar a ação, no prazo legal”.

Em suas razões recursais, suscita o recorrente a preliminar de nulidade da decisão agravada, sob o fundamento de violação às normas dos arts. 1º, § 3º, 2º da Lei 8.437/1992, eis que, além de irreversível e esgotar parcialmente o objeto da ação, a antecipação da tutela foi concedida sem que os entes públicos promovidos fossem previamente instados a se manifestar. Suscita, ainda, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, ao argumento de que, em se tratando de tutela protetiva direcionada a bem da União Federal, somente ela estaria legitimada a adotar as providências necessárias para essa finalidade. Sustenta, também, que a multa imposta, pelo eventual descumprimento, afigurar-se-ia exorbitante e desarrazoada, não se prestando para as finalidades a que se destina, mormente por impedir a “consecução das materialidades públicas”.

Não obstante os fundamentos deduzidos pelo recorrente, não vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 558 do CPC, a autorizar a concessão da pretendida antecipação da tutela recursal, na medida em que não conseguem infirmar as lúcidas razões em que se amparou a decisão agravada.

Com efeito, no que pertine às preliminares em referência, o aludido *decisum* afina-se com a orientação jurisprudencial de nossos tribunais, na inteligência de que

[...] o STJ, em casos excepcionais, tem mitigado a regra esboçada no art. 2º da Lei 8.437/1992, aceitando a concessão da Antecipação de Tutela sem a oitiva do poder público quando presentes os requisitos legais para conceder medida liminar em Ação Civil Pública. No caso dos autos, não ficou comprovado qualquer prejuízo ao agravante advindo do fato de não ter sido ouvido previamente quando da concessão da medida liminar [...] (AgRg no Ag 1314453/RS, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe 13/10/2010).

Na hipótese em comento, conforme bem destacou o juízo monocrático, a decisão agravada tem por finalidade dar eficácia ao que restou decidido no bojo de outra ação judicial, ajuizada em outubro de 2015, em relação à qual o Poder Público teve pleno conhecimento.

No que pertine à suposta ilegitimidade passiva *ad causam* do recorrente, também não se vislumbra, em princípio, plausibilidade jurídica em tais alegações, por se tratar de demanda em que se busca a concessão de tutela jurisprudencial que impunha ao Poder Público o cumprimento de suas obrigações institucionais, notadamente no tocante à prestação do serviço de segurança pública, que, como visto, é dever do Estado, em todos os seus níveis da Federação.

Com estas considerações, *indefiro* o pedido de antecipação da tutela recursal postulada na inicial.

Intime-se o agravado, nos termos e para as finalidades do art. 527, V, do CPC, abrindo-se vistas, após, à douta Procuradoria Regional da República, na forma regimental.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 29 de janeiro de 2016.

Juiz Federal *Carlos Eduardo Castro Martins*, relator convocado.

Agravo de Instrumento 0000713-48.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira
 Agravante: Fabrício Rodrigo Costa
 Advogado: Dr. Lucas Faria Brito Silva
 Agravado: Ministério Público Federal
 Procurador: Dr. Felipe Fritz Braga
 Publicação: e-DJF1 de 10/02/2016, p. 449

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Fabrício Rodrigo Costa de decisão na qual, nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de Clarissa Alves Machado, Fabrício Rodrigo Costa, Lucas Nogueira Siqueira, Luiz Alfredo Mello Vieira, Marcel Carrijo de Oliveira, e da União, foi deferida liminar, em parte,

[...] para determinar à União que se abstenha de realizar qualquer ato que importe nomeação, posse ou convocação para o Curso de Formação do Instituto Rio Branco dos candidatos réus - exceto no caso de possuírem nota suficiente para nomeação e convocação por meio da lista de ampla concorrência, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei n. 12.990/2014 e das regras editalícias do certame (observando-se, inclusive, se houve aprovação/habilitação em cada uma das fases do certame para a fase subsequente por meio da lista de ampla concorrência).

Decido.

Da fundamentação da decisão agravada, destaca-se:

[...] verifica-se a plausibilidade jurídica do direito invocado, uma vez que o Instituto Rio Branco, ao iniciar o procedimento de concorrência pública de Admissão à Carreira de Diplomata, foi omissivo em não criar, previamente, em edital, mecanismo de verificação da autodeclaração de candidatos que se intitularem negros ou pardos.

[...]

Muito embora o Ministério das Relações Exteriores [...] defenda que a Lei n. 12.990/2014 não obrigou a Administração [...] a instituir uma comissão ou banca examinadora para fazer tal avaliação, bem como não definiu um momento específico para essa análise, tenho que os critérios de avaliação e o momento de sua aplicação devam constar do edital, sob pena de serem impugnados por falta de previsão editalícia. A ausência no edital de critérios objetivos de avaliação e possibilidade de revisão do resultado obtido pelo candidato é vício que possui condão de anular a fase em que se encontra o certame.

[...]

[...] a ausência de critérios objetivos e diretos na avaliação caracteriza-se como vício grave no certame.

Proferi decisões (v.g.: AI 0042597-91.2015.4.01.0000/DF; AI 788201920104010000/MG) com a mesma orientação, ou seja, a desigualação deve ser fundamentada em critérios razoáveis, logo, à primeira vista, não basta a autodeclaração, sob pena de restar violado o devido processo legal em relação ao branco melhor classificado, que fica sem meios de impugnar sua preterição.

O agravante alega que já havia passado por entrevista, em processo preliminar de obtenção de bolsa para o curso preparatório de ingresso no Instituto Rio Branco, em que fora reconhecido seu enquadramento na condição de pessoa parda. Ocorre que, posteriormente, conforme mesmo admite o agravante, a Administração revisou, fundamentadamente, ao que consta, esse reconhecimento. O agravante insiste em que a decisão administrativa deve ser reformada, porquanto desconsidera o critério da ancestralidade (seu pai e avô são negros). No ponto, colhe-se da inicial:

No Brasil, o preconceito racial não se baseia na ascendência genética. Em regra, não se discrimina determinada pessoa em razão de ter pai, mãe ou avós negros.

Ou seja, a discriminação, no Brasil, distingue-se daquela que se verifica nos Estados Unidos, onde uma gota de sangue pode determinar a identidade racial de alguém, de modo que, nesse caso, a origem é fator de muita relevância no que tange ao preconceito racial existente naquela sociedade.

[...]

Ademais, a utilização do critério da ancestralidade não exclui a análise do fenótipo, já que, ainda assim, há a necessidade de aferição da veracidade da autodeclaração firmada nesses termos. Nessa hipótese teríamos, portanto, um mero deslocamento da análise fenotípica de uma geração para outra, isto é, seria transferir de determinada pessoa para seus ascendentes a avaliação dos traços fisionômicos e da cor da pele.

Isso porque as características físicas aparentes do indivíduo é que são o critério razoável que permitem verificar se os candidatos estão indevidamente concorrendo às vagas reservadas aos negros. Isto é, a análise dos traços fisionômicos, dos fenótipos do candidato, é meio constitucionalmente adequado para distinguir negros e não negros.

Não vislumbro, pois, nesse exame preliminar, relevância nos fundamentos do agravo.

Indefiro, por isso, o pedido de efeito suspensivo.

Proceda a Coordenadoria da Quinta Turma nos termos do art. 527, inciso V, do Código de Processo Civil.

Oferecida a resposta ou decorrido o prazo, vista ao Ministério Público Federal – PRR 1ª Região.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de janeiro de 2016.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator.

Agravo de Instrumento 0061648-88.2015.4.01.0000/TO

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)
Agravante: Elieze Venâncio da Silva
Advogado: Dr. Renan Albernaz de Souza
Agravado: Ministério Público Federal
Procuradora: Dra. Luana Vargas Macedo
Publicação: e-DJF1 de 11/02/2016, p. 640

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por Elieze Venâncio da Silva, em face da decisão proferida pela 2ª Vara Federal de Palmas/TO que, nos autos da Ação de Improbidade Administrativa 10476-11.2015.04.014300, afastou, liminarmente, o agravante de seu mandato de prefeito da cidade de Abreulândia e decretou a indisponibilidade de seus bens.

Em suas razões, alega o agravante que o Ministério Público Federal (MPF) não juntou prova material acerca das imputações na inicial de improbidade, limitando-se a juntar documentos com depoimentos colhidos pela Polícia Federal; que, embora o MPF tenha mencionado a existência de possível auditoria do Tribunal de Contas da União (TCU), não fez a juntada de cópia do relatório dessa auditoria; que a decisão agravada não está devidamente fundamentada, pois não existe argumentação plausível para se determinar o afastamento do agravante, situação que lhe causa grave lesão, inclusive em sua imagem pública, por ser pessoa pública, e que também acarreta violação ao princípio da presunção de inocência; que os depoimentos tomados não se prestam como meio exclusivo de prova, inexistindo nos autos prova documental; que o procedimento licitatório investigado sequer foi encerrado, também não podendo ser usado como meio de prova, sob pena de violação ao contraditório e à ampla defesa; que a pretensão deduzida pelo MPF busca apenas a satisfação de uma abstrata sensação de reparação a danos ao Erário que não foi provado e nem pode ser quantificado; que a decisão agravada não poderia ter afastado o agravante, sobre o qual não existe prova de que tenha efetivamente promovido embaraço à instrução e que também esse afastamento não apenas lhe prejudica, mas a todos os munícipes que o elegeram de forma democrática; que a decretação de indisponibilidade de bens também não se justifica, uma vez que não há prova de que o agravante esteja dilapidando seu patrimônio.

Enfim, baseia a argumentação, pleiteando a tutela recursal, afirmando ausentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* como requisitos indispensáveis, porém ausentes na decisão agravada que não se sustenta, requerendo a sua reforma para determinar a recondução do agravante ao seu cargo público e a promoção do desbloqueio de seus bens.

É o breve relatório. Decido:

Dois são os objetos deste agravo de instrumento, sendo o primeiro a discussão acerca da necessidade em manter o agravante afastado do seu mandato de prefeito municipal, sobrevivendo sua pretensão de desbloqueio de seus bens afetados pela decisão agravada.

Segundo o art. 20 da Lei 8.492/1992¹, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas pode existir o afastamento do agente público do exercício do cargo, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

A decisão agravada traz, no que interessa para este momento processual, pedido expresso de afastamento do agravante pelo Ministério Público Federal:

II. Fundamentos

¹ Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

24. O MPF requereu a condenação dos réus às sanções previstas no art. 12, II e III, da Lei 8.429/1992. Requereu, ainda, a condenação solidária por dano moral coletivo, no valor de R\$ 1.290.960,54. Em sede liminar, requereu:

25. (a) o afastamento imediato de ELIEZE VENÂNCIO, IZAIAS VENÂNCIO, EUZENY VENÂNCIO e JAILENE DE AQUINO, respectivamente, dos cargos de Prefeito Municipal, Secretário Municipal de Tributos e Renda, Secretária Municipal de Administração e Secretário de Educação, pelo prazo de 180 dias ou até o trânsito em julgado da ação, o que ocorrer primeiro;

26. (b) a indisponibilidade de bens e valores dos requeridos, da seguinte forma:

27. (b.1) R\$ 392.930,00 em relação a ELIEZE VENÂNCIO, IZAIAS VENÂNCIO, EUZENY VENÂNCIO, JAILENE DE AQUINO, JAIR COELHO, JANERSON CASTRO e ARAÚJO E NOGUEIRA LTDA-ME;

28. (b.2) R\$ 252.550,27 em relação a ELIEZE VENÂNCIO, IZAIAS VENÂNCIO, EUZENY VENÂNCIO, DONIZETE COSTA ROZA e DSC CONSTRUTORA LTDA;

A ação, proposta pelo Ministério Público Federal em razão de eventuais atos ímprobos, possui os seguintes termos, em suma no que interesse para a análise da tutela provisória pleiteada, conforme cópia colacionada aos autos:

1. Em 28/04/2015, aportou nesta Procuradoria da República representação formulada por vereadores do município de Abreulândia/TO noticiando diversas irregularidades perpetradas pelo prefeito Elize Venâncio da Silva na gestão de recursos públicos.

2. Em síntese, a representação apontava as seguintes irregularidades: (i) utilização de materiais de construção e mão de obra municipal para a execução de obras que deveriam ser realizadas por empresas contratadas para esta finalidade; (ii) emissão de cheques de contas municipais sem provisão de fundos; (iii) atuação direta do Gestor Municipal na administração dos recursos do Fundo Municipal de Saúde; e (iv) utilização de veículos do município para interesse particular do Prefeito, o que deu origem ao Processo n. 005278-22.2014.827.2731, em trâmite na 1ª vara Criminal de Paraíso do Tocantins.

3. Em razão dos fatos descritos na representação, instaurou-se o Procedimento Preparatório n. 1.36.000.000381/2015-11 e iniciou-se investigação nesta Procuradoria da República, a qual apontou, conforme restará adiante demonstrado, a existência de um esquema criminoso voltado a desviar recursos públicos por meio de direcionamento de licitação e desvio/apropriação de dinheiro público.

4. Durante a instrução do referido Procedimento Preparatório, compareceu nesta Procuradoria pessoa que, por receio de represálias, pediu para que sua identificação fosse mantida em segredo, mas que, em resumo, confirmou as irregularidades apontadas na representação de fls. 03/08. Esta pessoa será doravante nesta peça como “declarante”.

5. Segundo o declarante, o modus operandi utilizado pelos réus desta ação para desviar recursos públicos destinados à municipalidade dava-se da seguinte maneira: (i) “montagem” de processos licitatórios pelo Pregoeiro do Município CLEIDSON FERNANDES DA COSTA, cabendo à Comissão Única de Licitação apenas a assinatura dos documentos para atribuir aparente legalidade ao processo; (ii) assinatura do contrato de execução da obra com a empresa beneficiada pela fraude à licitação; (iii) após a autorização para início da obra, a empresa contratada emitia nota fiscal atestando, falsamente, a execução parcial da obra; (iv) de posse das notas fiscais e ciente da inexecução das obras, ELIEZE VENÂNCIO DA SILVA, determinava o pagamento referente à medição para a empresa; (v) após descontar o percentual acordado com ELIEZE e os valores referentes aos impostos incidentes sobre o “serviço”, o empresário devolvia, no mais das vezes em dinheiro, o restante do valor recebido para o Prefeito; (vi) para ludibriar eventual fiscalização, ELIEZE executava as obras licitadas com recursos próprios do Município de Abreulândia/TO.

6. Parte das informações prestadas pelo declarante ao MPF restaram confirmadas ao longo da investigação encartada nos autos do Procedimento Preparatório que instrui esta ação. Com efeito, os elementos de informação colhidos até o presente indicam a existência de uma verdadeira associação criminosa liderada por ELIEZE VENÂNCIO DA SILVA e que conta com a efetiva participação de empresários e agentes públicos municipais. O modus operandi descrito pelo declarante foi observado na execução dos Termos de Compromissos PAC2 n. 8398/2014 e PAR. N. 19816/2014, firmados pelo município de Abreulândia/TO e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE – cujas irregularidades integram o objeto desta ação.

7. [...]

8. [...]

9. Ressalte-se que, embora o objeto desta ação restrinja-se aos Termos de Compromisso PAC2 n. 8398/2014 e PAR n. 19816/2014 – que envolvem recursos federais –, os ilícitos especificamente descritos nesta peça não se apresentam como fatos isolados, sendo, em verdade, parte integrante de um quadro muito mais amplo de desvios de recursos públicos ocorridos no município de Abreulândia/TO, em benefício do prefeito ELIEZE VENÂNCIO DA SILVA.

10. Feito essa breve contextualização, passa-se a narrativa dos atos de improbidade administrativa praticados pelos réus desta ação no âmbito da execução dos Termos de Compromissos PAR n. 19816/2014 e PAC2 n. 8398/2014.

II – Dos atos de improbidade administrativa realizados na execução do Termo de Compromisso PAR n. 19816/2014

II.a – Dos fatos. Do desvio de recursos públicos por meio de pagamentos por obras não executadas.

11. No ano de 2013, o município de Abreulândia/TO firmou com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE o Termo de Compromisso PAR Nº 19816, voltado a financiar a construção de duas Escolas Padrão FNDE, uma no Assentamento Baronesa e outra no Assentamento Vargem Dourada, no valor total de R\$ 1.959.531,89 (um milhão, novecentos e cinquenta e nove mil, quinhentos e trinta e um reais e oitenta e nove centavos).

[...]

Verifica-se, pela inicial, que o MPF aponta indícios de ilegalidades na construção dessas duas escolas, em que a empresa denunciada na ação de improbidade administrativa Araújo e Nogueira sagra-se vencedora das licitações pelo simples fato de que somente ela, a empresa, participou do certame, havendo elementos de informação indicando que, para essas licitações, “uma empresa de Taquaralto comprou o edital, mas foi subornada para desistir da apresentação da proposta, recebendo R\$ 10.000; QUE o prefeito (ELIEZE...) deu o dinheiro para Jair, que levou o dinheiro para a empresa [...]”.

Afirma, ainda, a inicial, em seu tópico 14, que, em inspeção, o TCU concluiu que as circunstâncias verificadas indicam que indícios de fraude na montagem dos procedimentos de licitação como forma de legitimar contratações irregulares para a execução dos serviços nas escolas, mas, de fato, a obra seria diretamente realizada pela administração municipal (fl. 47).

Continua, a extensa inicial da ação de improbidade administrativa, noticiando vários fatos relevantes que tentam demonstrar a lesão ao patrimônio público pelos atos de improbidade imputados ao agravante, de recursos federais repassados ao Município de Abreulândia/TO.

A decisão agravada concluiu pelo afastamento do agravante pelo prazo de 180 dias ou até o trânsito em julgado da ação originária, o que ocorrer primeiro, com os seguintes fundamentos, em suma:

62. Os danos não se restringem ao erário municipal. A diversidade de empresas e de ajustes envolvidos (convênio e termo de compromisso) e a reiteração da prática de atos ímprobos, sem adotando o mesmo modo de proceder, apontam no sentido de que, de fato, instalou-se no Poder Executivo do Município de Abreulândia (TO) um grupo familiar especializado em estratégias para desviar dinheiro público federal, ludibriando a fiscalização e anulando os esforços da União para estimular a educação e combater a pobreza

63. Nessas circunstâncias, enquanto os requeridos estiverem encastelados no Poder Executivo de Abreulândia (TO), toda vez que houver oportunidade de celebrar convênio com um órgão federal, haverá risco de que os valores repassados sejam malversados.

64. Nesse ponto já é possível vislumbrar que a urgência no afastamento dos requeridos do mandato e cargos públicos que ocupam encontra triplo fundamento: caso permaneçam em suas funções, além do risco inerente ao desvio do dinheiro e aprofundamento do dano ao erário, há a possibilidade de neutralização dos esforços federais em direção ao desenvolvimento da comunidade local, principalmente no que tange à saúde e à educação.

65. É possível ainda apontar um terceiro fundamento. Caso se admita a permanência dos requeridos no mandato eletivo e cargos públicos, é presumível que continuem a praticar atos tendentes a dificultar ou inviabilizar a apuração dos fatos postos em juízo. Isso se revela altamente provável diante da constatação de que não se trata de um fato isolado, mas de reiteradas práticas administrativas preordenadas aos desvios de recursos com apoio de parentes e subordinados do Prefeito Municipal. As obras destacadas pelo MPF não foram concluídas; ao contrário, estão sendo realizadas aos poucos, com recursos do Município. A continuação dessas obras poderá influir na prova técnica a ser produzida com o intuito de comprovar o valor do dano ao erário. Além disso, há a possibilidade real de destruição ou inutilização de documentos, alteração dos canteiros de obras e destruição de outros elementos de provas ainda não descobertos e que possam ser úteis à prova dos fatos aqui investigados.

[...]

INDISPONIBILIDADE DE BENS

73. Estão presentes, portanto, os requisitos necessários à concessão da medida cautelar de indisponibilidade de bens postulada.

Para a concessão da tutela recursal pleiteada, é imprescindível a existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Não há densidade suficiente na plausibilidade do direito invocado (*fumus boni juris*) suficiente para o deferimento da tutela recursal pleiteada, uma vez o decreto de afastamento do agravante de sua função pública está bem fundamentado.

Neste momento processual, em cognição sumária para a análise da medida pleiteada, verifica-se que os elementos de informação até então colhidos na investigação, segundo os documentos juntados, possuem indícios suficientes para apontar que o agravante, em concorrência com seu irmão e outros agentes públicos, praticou

condutas reiteradas de prováveis ato ímprobos e demonstra ser incontroverso que a sua permanência no mandato de prefeito do Município de Abreulândia/TO pode, efetivamente, causar dano à instrução processual.

Não está, ainda, presente o perigo da demora, na medida em que o afastamento do agravante, com fundamento no art. 20 da Lei 8.429/1992 e decorrente da investigação por atos de improbidade administrativa, não possui potencial para causar lesão aos munícipes e nem ao próprio agravante, que sem influência ou interferência na investigação pode contribuir para demonstrar sua lisura no trato da coisa pública.

A alegação de que não foi provada a dilapidação do patrimônio, a fim de levantar o desbloqueio dos bens, não possui verossimilhança por falta de demonstração. A orientação jurisprudencial² caminha em sentido oposto à pretensão deduzida, pois é firme no sentido de que a indisponibilidade de bens em improbidade administrativa dispensa a demonstração de dilapidação do patrimônio para a configuração do *periculum in mora*, que estaria previsto implicitamente no art. 7º da Lei 8.429/1992, bastando a demonstração, como ocorreu, de indícios de atos ímprobos, configurando também o *fumus boni iuris*.

Assim posta a questão, *indefiro a antecipação da tutela recursal*, mantendo a decisão agravada. Manifeste-se a parte agravada, querendo, no prazo legal de 10 dias, ouvindo-se, na sequência, a Procuradoria Regional da República. Intimem-se.

Brasília, 4 de fevereiro de 2016.

Juiz Federal *Alexandre Buck Medrado Sampaio*, relator convocado.

² AG 0057097-02.2014.4.01.0000/MA, rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, rel. covocado Juiz Federal Pablo Zuniga Dourado, Quarta Turma, e-DJF1, p.174, de 22/07/2015.

Agravo de Instrumento 0025853-21.2015.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Agravante: José Luiz de Freitas – Espólio
Advogados: Dra. Vera Lúcia R. B. Franco de Freitas e outro
Agravado: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
Agravado: Ministério Público Federal
Publicação: e-DJF1 de 11/02/2016, p. 696

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto por José Luiz de Freitas – Espólio contra decisão proferida pelo MM. juiz federal da Subseção Judiciária de Redenção/PA, que, nos autos da ACP 6466-30.2010.4.01.3901, reconsiderou decisões anteriores e deferiu pedido formulado pelo MPF, determinando a reintegração do Incra na posse da Fazenda Belauto, nomeando a autarquia, outrossim, como depositária da gleba Maguari até novo pronunciamento ou o encerramento da ACO 632 do Supremo Tribunal Federal.

2. Conclusos os autos, deferi em parte o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento e suspendi o processamento do feito de origem (ACP 6466-30.2010.4.01.3901, ajuizada pelo Incra e pelo MPF) enquanto não concluído, em definitivo, o julgamento dos Embargos de Terceiro 8325-81.2010.4.01.3901 (fls. 142-147).

3. Formulado pelo Incra pedido de reconsideração (fls. 151-156), restou ele deferido por decisão de minha lavra proferida às fls. 194-196.

4. Às fls. 201-215, contraminuta do Incra ao agravo de instrumento, acompanhada dos documentos de fls. 216-220.

5. Às fls. 232-247, impugnação de José Luiz de Freitas – Espólio cumulada com pedido de reconsideração da decisão de fls. 194-196.

6. À fl. 251, despacho concedendo prazo ao Incra e ao MPF (PRM em Redenção/PA) para se manifestarem quanto ao pedido de reconsideração, bem como determinando o cumprimento da parte final da decisão de fls. 142-147, intimando o MPF (PRM em Redenção/PA) para, querendo, apresentar contraminuta no prazo legal.

7. Às fls. 258-270, impugnação do Incra ao pedido de reconsideração formulado por José Luiz de Freitas – Espólio.

8. Às fls. 275-276, petição de José Luiz de Freitas – Espólio requerendo a apreciação do pedido formulado no presente agravo.

9. Às fls. 277-279, pedido do Ministério Público Federal de reabertura do prazo para contrarrazões ao agravo de instrumento, ainda pendente de apreciação.

10. Às fls. 288-290, petição de José Luiz de Freitas – Espólio, insurgindo-se contra o pedido de reabertura de prazo formulado pelo MPF e requerendo, novamente, o provimento do agravo de instrumento.

11. Às fls. 292-294, petição de José Luiz de Freitas – Espólio requerendo a juntada aos autos de cronograma de desocupação da Fazenda Belauto, que, segundo alega, fora acostado pelo Incra nos autos da SLS 2.108/PA, no âmbito do STJ, e, ao final, o provimento do agravo de instrumento.

12. À fl. 301, decisão de minha lavra suspendendo a execução, por dez dias, do cronograma acostado aos autos, objeto do pedido de reconsideração pelo Incra às fls. 312-320.

13. À fl. 335, petição do Incra requerendo a juntada aos autos do calendário de operações da TI Apyterewa.

14. Às fls. 343-349, petição de José Luiz de Freitas – Espólio impugnando o pedido de reconsideração formulado pelo Incra às fls. 312-320.

15. À fl. 359, nova decisão de minha lavra, dessa vez prorrogando por mais cinco dias a suspensão provisória do cronograma da operação de desintrusão da TI Apyterewa.

16. À fl. 366, *e-mail* encaminhado ao juízo de origem solicitando informações, no prazo de 24 horas, acerca da alegação de descumprimento da decisão proferida no presente agravo de instrumento.

17. Às fls. 368-378, “questão prejudicial” levantada por José Luiz de Freitas – Espólio, requerendo, em aditamento aos pedidos iniciais, o deferimento do pedido de acompanhamento da operação de desocupação/ocupação promovida pelo Incra, bem como de cumprimento da imissão na posse da Fazenda Belauto até o trânsito em julgado da ação civil pública de origem.

18. Às fls. 384-388, informações do juízo de origem, acompanhadas dos documentos de fls. 389-413.

Autos conclusos, *decido*.

20. Inicialmente, cumpre esclarecer que o presente agravo de instrumento fora interposto contra decisão proferida nos autos de origem (ACP 6466-30.2010.4.01.3901) que revogou atos decisórios anteriores e, por consequência, determinou a reintegração do Incra na posse da Fazenda Belauto.

21. Ao examinar o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, proferi decisão no sentido de que seria permitido acolher a pretensão do agravante para que o feito de origem fosse suspenso enquanto não concluído, em definitivo, o julgamento dos Embargos de Terceiro 8325-81.2010.4.01.3901 (art. 1.052 do Código de Processo Civil), apesar de não ser possível rediscutir a questão relativa à imissão do agravante, José Luiz de Freitas – Espólio, na posse da Fazenda Belauto, vez que decisão em igual sentido proferida nos autos do AI 76233-53.2012.4.01.0000 encontra-se sem eficácia em razão de decisão do eminente ministro presidente do STJ nos autos da SLS 1758/PA deferindo pleito suspensivo do Incra.

22. Nada obstante, após pedido formulado pelo Incra, reconsiderarei a decisão supra, indeferindo o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, sob o principal fundamento de que precluso o direito de se insurgir contra a continuidade do feito de origem, já que determinada em momento anterior à decisão agravada e não interposto, à época, o recurso cabível.

23. A exposição do objeto do agravo de instrumento e das decisões até então proferidas faz-se necessária para delimitar o objeto da controvérsia e impedir que questões acessórias sejam suscitadas no decorrer do presente recurso, causando, portanto, tumulto processual.

24. Pois bem. Por força das decisões proferidas no presente agravo de instrumento, pode-se chegar à conclusão, em princípio, de que o Incra pode e deve, em razão do indeferimento do pedido de atribuição de efeito suspensivo, ser reintegrado na posse da Fazenda Belauto.

25. A reintegração em questão, contudo, não lhe autoriza a adoção de quaisquer atos tendentes à implementação do Projeto de Assentamento Belauto, já que suspensos por decisão por mim proferida nos autos do AI 65085-40.2015.4.01.0000, de cujo teor extraio o seguinte excerto:

[...]

4. Nada obstante os fundamentos lançados pelo ilustre magistrado de primeiro grau, entendo deva ser acolhida, pelo menos por ora, a pretensão recursal.

5. A uma, porque, nada obstante a possibilidade de se revogar a qualquer tempo medida antecipatória dos efeitos da tutela, me parece que a tese principal defendida pelo Incra e que ensejou a prolação da decisão agravada – decisão antecipatória nos autos da ACP nº 6466-30.2010.4.01.3901, favorável ao Incra, abrangida pelo objeto da demanda originária (AO nº 3189-86.2013.4.01.3901) – é, em verdade, tentativa de reforma de ato decisório até então favorável ao agravante, não obstante já tenha sido ele objeto de suspensão de liminar no âmbito desta Corte e do STJ.

6. As suspensões de liminar em questão são as de nº 162591-76.2013.4.01.0000/PA nesta Corte e 1.886/PA no Superior Tribunal de Justiça, cujos acórdãos referentes aos agravos regimentais interpostos contra decisões monocráticas que indeferiram os pedidos de suspensão estão assim ementados, respectivamente:

SLAT nº 62591-76.2013.4.01.0000

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. MERITO DA AÇÃO PRINCIPAL. ANÁLISE SUPERFICIAL. INDEFERIMENTO. ASSENTAMENTO. LIBERAÇÃO DE VERBA. ÁREA LITIGIOSA. VOCAÇÃO MINERÁRIA. DANO INVERSO.

1. Embora o instrumento jurídico processual ora manejado não tenha vocação recursal, nem sempre é possível furtar-se a uma análise do fundo da controvérsia, a fim de se verificar a razoabilidade do deferimento ou indeferimento do pedido de suspensão, não se olvidando que o exame a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal deve ser sumário e limitar-se à estrita medida à verificação da existência ou não da potencialidade lesiva do ato decisório questionado.

2. A existência de inúmeros litígios envolvendo a posse da área em que se pretende instalar o Projeto de Assentamento Belauto gera sensível instabilidade e insegurança jurídica para os que foram assentados e para os que poderão vir a ser assentados no imóvel rural denominado Fazenda Belauto.

3. Há previsão de investimento bilionário para extração mineral na área em litígio, que compromete a segurança jurídica necessária à reforma agrária pretendida. Caso a disputa possessória resulte em perdas e danos, com indenização ao legítimo possuidor das terras em litígio, o valor a ser indenizado será consideravelmente maior ao preço de terra sem essa vocação minerária.

4. Caso o Incra, ao final, seja imitido na posse do imóvel, não há garantia de perenidade do “Projeto de Assentamento Belauto”, bem como a permanência dos agricultores no local, uma vez que a área tem vocação minerária (níquel e cobalto) e o assentamento poderá vir a ser desconstituído em razão da utilidade pública do aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, consoante prevê o art. 5º, alínea “f” do Decreto-Lei n. 3.365/1941).

5. Além da insegurança jurídica que a instalação de assentamento na área litigiosa representa, há grande probabilidade de grave dano inverso, caso a decisão de primeira instância tenha seus efeitos adiados para após o trânsito em julgado da sentença de mérito da ação principal.

6. Agravo regimental desprovido.

AgRg na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.886

AGRAVO REGIMENTAL NO PEDIDO DE SUSPENSÃO. GRAVE DANO NÃO CONFIGURADO.

O deferimento do pedido de suspensão exige comprovação efetiva do dano que se afirma. No caso em exame, as alegações do Incra não vieram acompanhadas de dados ou informações que apontem para a grave vulneração da ordem ou segurança públicas

Agravo regimental desprovido.

7. E a duas, porque o só fato de o processo de origem (AO nº 3189-86.2013.4.01.3901) ainda não ter sido extinto por encontrar pendente de julgamento agravo de instrumento em que se discute a complementação de custas processuais pela modificação do valor atribuído à causa não é fundamento suficiente, em princípio, para revogar decisão antecipatória dos efeitos da tutela favorável aos agravantes.

[...].

26. Referida decisão, por seu turno, fora objeto de questionamento no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça (SLS 2.108/PA), em cujos autos a Exma. Sra. Vice-Presidente, Ministra Laurita Vaz, indeferiu o pedido de suspensão formulado pelo Incra, assim fundamentando (inteiro teor disponível no sítio eletrônico do STJ):

[...].

In casu, tenho que o malferimento à ordem, à economia e à segurança públicas não restaram caracterizadas, tendo em vista a ausência de comprovação no sentido relatado na inicial.

Isso porque, os argumentos centrais do Requerente ultrapassam os limites em que deve se fundamentar a suspensão de liminar, cujo objetivo precípuo está previsto no art. 4.º da Lei n.º 8.437/1992, sendo inviável, em sede de suspensão, o exame do acerto ou desacerto da decisão atacada, haja vista que o incidente não pode ser utilizado como sucedâneo recursal.

[...].

Vale destacar que o tema discutido no presente requerimento já foi objeto de semelhante pedido, autuado neste Superior Tribunal de Justiça como SLS n.º 1.886/PA. Naquela ocasião, o então Presidente desta Corte, Min. Felix Fischer, indeferiu o pleito, tendo sido a decisão confirmada pela Corte Especial, no julgamento do agravo regimental interposto. A decisão monocrática obteve a seguinte fundamentação, verbis:

“Verifico que muito embora haja identidade entre os fatos subjacentes a ambas ações, não vislumbro na hipótese configuração de grave dano aos bens tutelados pela legislação de regência.

Em primeiro lugar, constata-se que a decisão atacada não interfere, em nada, em relação ao que decidido no âmbito da SLS 1.758/PA. Portanto, a determinação de que não houvesse remoção das famílias assentadas permanece hígida.

Por outro lado, impedir novos assentamentos, como determinado na decisão judicial, não implica grave dano à ordem pública. É que, não se desprende de tal proibição situação capaz de comprometer o regular funcionamento da administração pública e seus serviços. Tal discussão evidencia nítido propósito recursal, inconciliável com a via eleita.

A ordem pública não é afetada pelo impedimento de que novas famílias sejam assentadas na região. O cumprimento imediato do referido decisum não compromete, de forma grave, o bom funcionamento da administração. E somente este tipo de dano, o grave, autoriza o deferimento do pedido de suspensão.

O grave dano à segurança pública também não se faz comprovado. Meras ilações acerca de possível migração dos colonos para região de conflito não se revelam suficientes para caracterizá-lo.

Cabe assinalar que o grave dano, conforme reconhecido na apreciação da SLS 1.758/PA, se fez presente somente na ordem que determinou a imediata remoção das famílias, pelas razões já expostas.

Neste caso, não há comprovação de que possam advir conflitos pela posse de terras rurais em outras localidades, ainda que suspenso o repasse de verbas pelo Estado. Como apontado na inicial de ambos pedidos, o assentamento dos colonos já esta sendo implementado há algum tempo, o que faz presumir que a situação dos que lá se encontram apresente um grau de mínimo de estabilidade que não leve a crer a ocorrência de um êxodo.

Em suma, o grave dano apontado, seja à ordem, seja à segurança, não foi demonstrado. A irresignação, desse modo, nitidamente revela um intento recursal, incompatível com os contornos do pedido de suspensão.

Ante o exposto, indefiro o pedido.

P. e l.”

Neste caso, não há que se falar em preclusão, considerando a nova decisão do Tribunal Regional Federal, motivadora do pedido que ora se analisa, proferida após o julgado desta Corte na SLS n.º 1886/PA. Ocorre que, ainda que diante de uma nova situação processual, não restou comprovado que o decisum impugnado estaria causando grave lesão a qualquer dos bens tutelados pela lei de regência.

A bem da verdade, o Desembargador Federal, prolator do julgado que se busca suspender, considerou a existência de grande insegurança jurídica envolvendo as terras em litígio, local em que se pretende instalar o PA Belauto. Tal fato faz com que a suspensão do assentamento de novos colonos no referido imóvel pareça, de fato, ser a melhor saída diante de tantas ações judiciais. No ponto, diz a impugnada decisão, verbis:

“A uma, porque, nada obstante a possibilidade de se revogar a qualquer tempo medida antecipatória dos efeitos da tutela, me parece que a tese principal defendida pelo Incra e que ensejou a prolação da decisão agravada - decisão antecipatória nos autos da ACP n.º 6466-30.2010.4.01.3901, favorável ao Incra, abrangida pelo objeto da demanda originária (AO n.º 3189-86.2013.4.01.3901) - é, em verdade, tentativa de reforma de ato decisório até então favorável ao agravante, não obstante já tenha sido ele objeto de suspensão de liminar no âmbito desta Corte e do STJ.

[...].

E a duas, porque o só fato de o processo de origem (AO n.º 3189-86.2013.4.01.3901) ainda não ter sido extinto por encontrar pendente de julgamento agravo de instrumento em que se discute a complementação de custas processuais pela modificação do valor atribuído à causa não é fundamento suficiente, em princípio, para revogar decisão antecipatória dos efeitos da tutela favorável aos agravantes.” (fls. 74/75)

Atente-se para a instabilidade jurídica existente, que pode ter como consequência principal, a possibilidade de que o referido assentamento possa ser desconstituído em decisões futuras. Assim, não há como considerar lesiva à economia ou à segurança públicas, a decisão ora impugnada, que faz retornar, até o julgamento definitivo do agravo de instrumento em questão, os efeitos de anterior tutela proferida na Ação Ordinária n.º 3189-86.2013.4.01.3901.

Ademais, ressalto que o trecho final da decisão que se busca suspender, com o fito de demonstrar seu conservadorismo, que a toda evidência não dá ensejo ao sustentado pelo ora Requerente, no tocante às alegações de grave lesão à ordem, economia ou segurança públicas. Diz a referida decisão, contra a qual já opuseram embargos de declaração, que aguarda julgamento no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, verbis:

“Por fim, não vejo como deferir o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal para restabelecer o decism revogado pela decisão agravada até o trânsito em julgado da sentença que vier a ser proferida nos autos de origem .

Isso porque na decisão que se pretende restabelecer não há determinação para que a suspensão dos efeitos da Portaria n.º 21 ocorra até o trânsito em julgado da sentença proferida nos respectivos autos, não sendo possível, no presente agravo de instrumento, ampliar o comando decisório.

Pelo exposto, defiro em parte o pedido e, atribuindo efeito suspensivo ao agravo de instrumento, suspendo a decisão agravada, restabelecendo os efeitos da decisão antecipatória dos efeitos da tutela proferida na AO n.º 3189-86.2013.4.01.3901, até o julgamento definitivo do presente agravo de instrumento .” (fl. 77)

Antes o exposto, INDEFIRO o pedido de suspensão.

[...].

27. É de se ressaltar, por outro lado, que a decisão proferida nos autos do AI 65085-40.2015.4.01.0000 e mantida em sede de SLS pelo STJ não vem sendo desrespeitada pelo Incra, tendo o magistrado de origem apresentado as seguintes informações (fls. 384 e seguintes):

[...].

Em resposta ao despacho exarado nos autos da Medida Cautelar Inominada 0004208-03.2016.4.01.0000/PA, solicitando deste juízo esclarecimentos quanto ao suposto não cumprimento das decisões proferidas nos autos do Agravo 0025853-21.2015.4.01.0000/PA, no que tange ao processo de desintrusão da TI Apyterewa, presto as esclarecimentos devidas sobre os fatos que vêm ocorrendo.

Ab initio, quando da decisão suspensiva exarada nos autos do AI 0025853-21.2015.4.01.0000/PA, apontando datas equivocadas sobre o cronograma de desintrusão da TI Apyterewa, este juízo, apreciando o mesmo pedido de suspensão formulado pelo Espólio de José Luiz de Freitas nos autos da execução provisória de sentença 2009.39.01001365-6, proferiu decisão, encaminhada a esta douta Corte, explicando o deslinde decisório cronológico envolvendo a TI Apyterewa e o Complexo Belauto, com indeferimento do pleito.

Sem me aprofundar nas razões que desencadearam o desencontro de informações do processo de desintrusão, possivelmente repassadas de forma equivocada e desatualizada, ao que tudo indica, considerando a falta de veracidade destas, e ainda sim levadas ao Tribunal, vejo por inferência que a situação esteja sendo propositalmente provocada.

No cronograma estabelecido entre o Ministério da Defesa, Ministério do Desenvolvimento Social, Exército Brasileiro, Força Nacional, Agência Brasileira de Inteligência – ABIN, Polícia Federal, Funai, Incra, União e demais órgãos, as atividades seriam iniciadas obrigatoriamente na TI Apyterewa.

É primordial destacar que nenhum dos entes públicos envolvidos no processo de desintrusão vieram a descumprir qualquer comando hierárquico ou mesmo judicial, muito menos dissentir do que foi originariamente traçado neste juízo e determinado por esta Egrégia Corte.

Ademais, conforme anteriormente informado, a ação envolvida na TI Apyterewa é necessariamente precedida da Belauto, até porque necessitaria da catalogação e retirada dos colonos originariamente assentados no PA Belauto que estão na TI Apyterewa, para o desencadeamento da segunda etapa da Operação, ato imprescindível para que seja dado início ao procedimento de reocupação do imóvel Rural Belauto pelos perfis do PNRA.

O processo de desintrusão da TI Apyterewa se iniciou em 11 de janeiro de 2016, com a realização das notificações. Por conta da decisão de suspensão proferida por este Tribunal, as notificações sequer foram totalmente concluídas, inclusive, os oficiais de justiça que encabeçavam tais diligências retornaram à Subseção, estando um deles de férias.

Neste momento, todos os entes envolvidos na operação aguardam o escoamento do prazo e manifestação desta corte que suspendeu a operação, já que esta Subseção não possui condições minimamente possíveis de operacionalizar um procedimento de desintrusão desta envergadura.

Consoante já decidido por este juízo, inclusive pelo próprio Tribunal, o requerente na medida cautelar sequer possui a posse da Belauto, não sendo legítimo reivindicar direito que neste momento não lhe alçures.

O procedimento de desintrusão vem sendo estudado há muitos anos, com a elevada aplicação de recursos públicos na casa de milhões. Os recursos financeiros já empregados, segundo informações da União, na operação Apyterewa pelo Governo Federal, consoante nota técnica 04/CGMT/DPT/Funai-MJ, depreendeu R\$ 8.922.088,22 para o processo de desintrusão, dentre indenizações, demarcações e fiscalização, além dos valores despendidos pelo Incra, para o assentamento no PA Belauto, em R\$ 3.997.205,94.

Outra informação relevante é que muitas famílias que já foram notificadas vêm saindo de forma espontânea, conforme informações apresentadas pelos relatórios, isso se deve ao apoio logístico fornecidos pelas instituições envolvidas, com a disponibilização de 8 caminhões para auxiliar os ocupantes e demais pessoas que não possuem condições com o dispêndio. Neste caso, as operações de apoio e resgate permanecem ativas, a fim de amparar os necessitados da região por conta das chuvas.

Entretanto, isso não significa que há ocupação da belauto, pois, muitos que na Apyterewa estavam já eram assentados em outras regiões ou mesmo haviam sido indenizados, portanto, com moradias prévias e condições de nova instalação. Esses dados são extraídos dos relatórios da operação e das inúmeras ações individuais, também de conhecimento deste Tribunal, por conta dos vários agravos.

Nada obstante tal situação, identificou-se ainda na TI Apyterewa a ocupação indiscriminada altamente exploratória por grandes fazendeiros como vetor para o desmatamento exaustivo, instalação de garimpos clandestinos, plantio de maconha e inúmeros outros ilícitos, além de ser uma das condicionantes para a instalação da Usina Hidroelétrica de Belo Monte. Os fatos ocorridos na TI Apyterewa foram inclusive motivos de contestações junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA.

[...].

Das últimas decisões, pois bem, deve-se fazer a diferenciação de propósitos da operação. Como já estratificado em decisão proferida nos autos de execução provisória 0001357-69.2009.4.01.3901, que também faço anexa a estas informações, o objeto da citada lide tão somente se vincula ao procedimento de extrusão da TI Apyterewa, muito embora a ação material conjunta com a Belauto se manteve nos autos por conta da racionalização do tempo, verbas, economicidade, estratégias preventivas de confronto violento, ações não confrontantes e demais esforços concentrados para tão vultoso procedimento, a fim de garantir a eficácia dos provimentos judiciais, principalmente do Supremo Tribunal Federal.

Assim, não se pode confundir, eis que há dois processos tratando individualmente cada situação, apyterewa 0001357-69.2009.4.01.3901 e Belauto 6466-30.2010.4.01.3901, este último, objeto de origem do agravo 0025853-21.2015.4.01.000/PA, sequer guarda correlação com o primeiro.

No primeiro versa a ocupação irregular de Terras Indígenas, com ordem de desocupação emanada por este Juízo e pelo Supremo, em centenas de ações individuais. No segundo (belauto), se discute a propriedade de bem da União com MPF e Incra, contra vários interessados que se dizem proprietários, dentre estes, o espólio de José Luiz de Freitas.

No que tange à execução da Belauto, nada foi feito. A prova disso é que não há qualquer notificação concreta na Belauto apresentada pelo requerente, inclusive na sua pessoa. Portanto, para corroborar, faço anexo a estas informações o relatório parcial de atividades desenvolvidas pela Força Nacional com o Exército Brasileiro do último período.

Não se pode fazer confusão entre matérias distintas, o processo Belauto busca unicamente integrar o Incra na posse do imóvel, onde o requerente é apenas um dos ocupantes irregulares, e vem tumultuando todos os pleitos a pretexto de agora reivindicar direito ligado apenas a um processo, o de nº 6466-30.2010.4.01.3901, ato ocasionador de verdadeiro caos social na região com a paralisação das atividades de desintração na TI Apyterewa, permitindo-se com isso, que o requerente, sem legitimidade para atuar como parte no processo de nº 0001357-69.2009.4.01.3901, consiga neste Juízo ou no Tribunal, obstar o cumprimento de uma ordem emanada pelo Supremo Tribunal Federal.

[...]. Grifo nosso.

28. Ressalte-se, outrossim, que, ainda conforme as informações fornecidas pelo magistrado de origem, o pedido de suspensão do cronograma apresentado por José Luiz de Freitas – Espólio nos presentes autos já havia sido formulado nos autos da Execução Provisória 1357-69.2009.4.01.3901, relativo à TI Apyterewa, sendo relevante transcrever o seguinte trecho:

[...].

Em outras palavras, após a revogação das liminares pelo STF, o retorno das pessoas para a Belauto é consequência natural da execução da decisão da Egrégia Corte. Em nenhuma das ações (Apyterewa e Belauto), busca-se restabelecer a execução do PA Belauto com novos assentamentos, sequer indiretamente, confirmando a ausência de contato entre o objeto do processo que suspendeu o PA Belauto (fonte da qual a parte invoca seu direito), com a execução das decisões exaradas pelo STF (Apyterewa) e por este Juízo (posse da Belauto ao Incra), evidenciando de forma cristalina a falta de pertinência subjetiva da relação material tratada neste processo, logo, a parte é ilegítima para se manifestar nestes autos.

O Cumprimento das ações implementadas no PA Belauto encontram amparo jurídico na SLS 1.758/PA, quando tratou como forma mais adequada que eventuais intervenções deveriam ser realizadas sem que fosse necessária a remoção das pessoas que se encontram lá.

A melhor solução dada ao resguardo de eventual direito do requerente já foi pautada de forma prudente e acertada pelo STJ na SLS 1.758/PA, quando o Ministro Felix Fischer determinou que as pessoas que tinham sido assentadas no PA Belauto deveriam permanecer até o julgamento do processo em que se discute a propriedade (por se tratar de solução de altíssima relevância social), e que se mostraria mais razoável a indenização de eventuais proprietários.

[...].

Ademais, frustra-se a implementação de uma importante e significativa política pública – consubstanciada no assentamento de famílias em terras produtivas – em detrimento de uma possibilidade de que a terra seja de titularidade de particulares. Parece-me que nessa ponderação, deve se dar primazia à manutenção da situação atual, assegurando às famílias (ao menos uma centena) que continuem a ocupar a terra em litígio. Até porque, a solução eventual e futura em perdas e danos não pode ser descartada, quando a preservação do interesse público se afigura latente.

Não foi por outro motivo que esta Corte, ao se depara com situação semelhante, também em sede de pedido de suspensão (AgRg da SS 450/SP), assegurou a manutenção do status quo ante, e suspendeu os efeitos de decisão que impedia a implementação de plano governamental de assentamento rural. (...)

Neste cenário, busca o demandante sem amparo legal algum, comprometer toda uma ordem e segurança jurídicas, desamparando inúmeras famílias oriundas do processo de extrusão da Apyterewa, fato que geraria um verdadeiro caos social, sem que o poder público deixasse de recolocá-las em um ambiental já nanoestruturado, ou seja, área de posse do Incra, ambientada e dividida em lotes.

[...].

29. Neste ponto, faço o registro de que o fato de ter sido formulado idêntico pedido nos autos do processo 1357-69.2009.4.01.3901 sequer fora mencionado pelo ora agravante, José Luiz de Freitas – Espólio, ao requerer a suspensão do cronograma de extrusão da TI Apyterewa, nada obstante tenha sido apresentado neste agravo de instrumento em 19/01/2016 (fl. 291) e naquele feito (1357-69.2009.4.01.3901) em 15/01/2016 (conforme andamento processual cuja juntada ora determino), em aparente tumulto processual que não pode ser tolerado.

30. A SLS 1.758/PA a que se refere o magistrado de origem na decisão proferida nos autos da Execução Provisória 1357-69.2009.4.01.3901, por seu turno, tem por feito originário o AI 76233-53.2012.4.01.0000, no qual proferi decisão determinando (a) a imissão do espólio de José Luiz de Freitas na posse de 50% do imóvel rural denominado Fazenda Belauto, além de uma área de 1.100 alqueires, bem como (b) a transferência das famílias assentadas para uma área delimitada.

31. Ao apreciar o pedido de suspensão formulado pelo Incra, assim se manifestou o então Presidente do colendo Superior Tribunal de Justiça, Ministro Felix Fischer:

[...].

Com efeito, a retirada das famílias que lá se encontram, ainda que se trate de um deslocamento para outra parte da fazenda, pode vir, efetivamente, a comprometer a integridade dos referidos bens (ordem e segurança públicas). Tal medida, para ser executada, necessita de forte aparato policial e mobilização de diversos órgãos, circunstância a evidenciar o risco em sua implementação. Revela-se, dessarte, necessário evitar esse cenário, preservando-se a situação atual, ou seja, a manutenção das famílias no local em que se encontram.

Isso porque, a remoção dos colonos por determinação do próprio Poder Público pode gerar mais do que o simples descrédito com a atuação estatal, que, anteriormente, havia determinado que eles lá permanecessem. Não se pode ignorar o risco de revolta dos envolvidos e os desdobramentos que podem advir, eis que inexoravelmente previsíveis, conforme rotineiramente divulgam os meios de comunicação.

Ademais, frustra-se a implementação de uma importante e significativa política pública – consubstanciada no assentamento de famílias em terras produtivas – em detrimento de uma possibilidade de que a terra seja de titularidade de particulares. Parece-me que nessa ponderação, deve se dar primazia à manutenção da situação atual, assegurando às famílias (ao menos uma centena) que continuem a ocupar a terra em litígio. Até porque, solução eventual e futura em perdas e danos não pode ser descartada, quando a preservação do interesse público se afigura latente.

[...].

Revela-se, dessa forma, mais adequado que se aguarde o desfecho da disputa judicial pela propriedade da terra, sem que se seja necessária a remoção das pessoas que lá se encontram. Em suma, o risco à ordem e à segurança públicas determina a suspensão dos efeitos da decisão proferida nos autos do agravo de instrumento.

Ante o exposto, defiro o pedido.

[...].

32. Dessa forma, o que se verifica, ao contrário do que pretende o agravante fazer parecer na petição de fls. 292-294, é que restou autorizado, pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, a manutenção das famílias já assentadas na Fazenda Belauto até solução final da disputa existente pela propriedade do imóvel, o que não significa que se estaria dando continuidade ao assentamento de novas famílias além das lá já existentes, já que, “após a revogação das liminares pelo STF, o retorno das pessoas para a Belauto é consequência natural da execução da decisão da Egrégia Corte”.

33. A corroborar o entendimento ora firmado, o seguinte trecho da decisão proferida nos autos da Execução Provisória 1357-69.2009.4.01.3901:

[...].

É fato que inúmeras famílias que hoje estão na TI Apyterewa, muitas oriundas do PA Belauto, com o processo de extrusão da área, ficariam desamparadas por discussões que tangem à mera expectativa de mineração ou posse da área, uma vez que o peticionante, como já assentado na ACP 6466-30.2010.4.01.3901, não detém elementos que manejam indícios de titulação, ou, ao menos, posse da área.

Ademais, as ações voltadas ao PA Belauto estão relacionadas à expulsão dos especuladores, invasores e aqueles que não atendem ao perfil do enquadramento da Reforma Agrária, bem ainda, o interesse social por aquelas famílias que foram anteriormente assentadas e que por motivos distintos voltaram a ocupar a TI Apyterewa, resguardando o STJ no julgamento da SLS 1.758/PA, o direito daquelas famílias originalmente assentadas, em retornarem para a área onde se encontravam instaladas, consoante trecho do julgado anteriormente destacado.

Dentre os motivos retromencionados, merece destaque o fato de que mais de duzentas pessoas obtiveram liminares pelos magistrados que me antecederam neste Juízo, liminares estas que foram todas revogadas pelo STF no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 780/PA. Pautado no ilustre parecer do Procurador Geral da República, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a causa versa sobre questão constitucional, deferindo o pedido para suspender a execução de antecipação das tutelas concedidas, por implicarem em grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas, permitindo o processo de desintração. Assim destaco:

“[...]”.

Mantidas as decisões, além dos graves danos potenciais à integridade física dos envolvidos (indígenas e não-indígenas), ao conteúdo étnico da ocupação do território, tem-se o aprofundamento da degradação da área, cuja recuperação implicará em altos investimentos públicos no futuro, em uma área cuja condição de território indígena se mostra irreversível. Assim, a manutenção dos ocupantes, em um quadro que não indica a possibilidade de rever são, apenas agrava todos os efeitos negativos tanto para indígenas, quanto para não-indígenas e demanda uma atuação coerente do Estado-juiz.

Por todos os motivos expostos, o mais prudente e consentâneo à regulação constitucional da matéria é garantir-se à comunidade indígena Parakanã a posse plena e permanente sobre as terras que tradicionalmente ocupam, já devidamente demarcadas, e o usufruto exclusivo dos recursos naturais nela existentes, sem que isto exclua o caminho natural da reparação pelos danos que atividade estatal eventualmente tenha causado a terceiros no processo de desintração da área. [...]

Em outras palavras, após a revogação das liminares pelo STF, o retorno das pessoas para a Belauto é consequência natural da execução da decisão da Egrégia Corte. Em nenhuma das ações (Apyterewa e Belauto), busca-se restabelecer a execução do PA Belauto com novos assentamentos, sequer indiretamente, confirmando a ausência de contato entre o objeto do processo que suspendeu o PA Belauto (fonte da qual a parte invoca seu direito), com a execução das decisões exaradas pelo STF (Apyterewa) e por este Juízo (posse da Belauto ao Incra), evidenciando de forma cristalina a falta de pertinência subjetiva da relação material tratada neste processo, logo, a parte é ilegítima para se manifestar nestes autos.

[...]

34. Amparado nos extensos fundamentos acima expostos, entendo devam ser revogadas as decisões que suspenderam o cronograma da operação de extrusão da TI Apyterewa.

35. Finalmente, não é possível conceder posse na Fazenda Belauto ao espólio de José Luiz de Freitas, enquanto vigorar a suspensão da medida concedida no AI 76233-53.2012.4.01.0000 pelo SLS 1758 (itens 30/31 supra), uma vez que a r. decisão do eminente Ministro Francisco Falcão, na Pet 11.245/PA, ao afirmar que o pedido liminar para assegurar ao requerente tal imissão de posse não “[...] encontra-se dentro da competência originária do Superior Tribunal de Justiça [...]” em nada altera ou interfere na decisão suspensiva do SLS em tela, conforme, aliás, afirma a própria decisão na PET 11245, a saber:

[...]

O requerente pretende, por vias transversas, reconstituir a decisão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região que foi suspensa na SLS 1758/PA e, ainda mais, assegurar sua posse sobre o bem em litígio.

[...]

Pelo exposto, revogo as decisões que suspenderam o cronograma da operação de extrusão da TI Apyterewa, ressaltando, desde já, a necessidade de observância do quanto decidido no AI 65085-40.2015.4.01.0000, por meio do qual restabeleci os efeitos da decisão antecipatória dos efeitos da tutela proferida na AO 3189-86.2013.4.01.3905, que, por sua vez, não foi suspenso pelo STJ nos autos da SLS 2.108/PA.

Comunique-se o teor da presente decisão ao MM. juízo de origem, pela forma mais expedita.

Junte-se aos autos o extrato de andamento processual do Cumprimento Provisório de Sentença 2009.39.01.001365-6.

Traslade-se cópia aos autos dos AI's 65085-40.2015.4.01.0000 e 76233-53.2012.4.01.0000.

Publique-se. Intimem-se.

Após, façam-se os autos conclusos para exame dos demais pedidos porventura pendentes de apreciação, com oportuna inclusão em pauta.

Brasília, 4 de fevereiro de 2016.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Agravo de Instrumento 0053713-31.2014.4.01.0000/BA

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)
Agravante: Fundação Nacional do Índio – Funai
Procuradores: Dra. Adriana Maia Venturini e outro
Agravado: Irineu Honório dos Santos
Advogados: Dra. Vanessa de Mello Batista e outros
Publicação: e-DJF1 de 11/02/2016, p. 687

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Fundação Nacional do Índio (Funai), de decisão que, em audiência, “ao determinar a imediata abstenção de turbação ou esbulho - imping[e] aos agravantes e, principalmente, aos membros da Comunidade Indígena Tupinambá, dano grave e de difícil reparação” (fl. 03).

A parte agravante aduz que a pretensão possessória é instrumento processual inadequado, ante a textualidade do art. 19, § 2º, do Estatuto do Índio, que diz não caber interdito processório, “facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petitória ou a demarcatória”, uma vez que já há demarcação processada.

Afirma que o autor não comprovou a posse do imóvel.

Aduz que, em 26 de maio do ano corrente [2014], foi publicada a Portaria 544/PRES, por meio da qual foi constituído um Grupo de Trabalho com a finalidade de dar continuidade aos estudos complementares de natureza antropológica, cartográfica, cadastral e cartorial, necessários à elaboração final do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Tupinambá” (fl. 11).

Pede, assim, a concessão do efeito suspensivo.

Decido.

A decisão agravada (fl. 29), proferida em audiência de justificação prévia, está assim fundamentada, no que interessa:

[...] Ausentes às testemunhas arroladas pelo requerente. Aberta a Audiência, o MM. Juiz exortou as partes a se manifestarem acerca da possibilidade de composição amigável do litígio, ao que se manifestaram negativamente. Ato contínuo foi dito pelo MM. Juiz que a audiência seria gravada, tomando o depoimento da requerente e do representante da Comunidade Indígena Tupinambá. Em seguida, o MM. Juiz proferiu a seguinte decisão. “considerando a exposição da parte autora em consentir com a permanência do indígena Sinésio Barga, porém, com a oposição do cacique Nani, que não deseja que o indígena Sinésio Barbosa permaneça com apenas uma tarefa, por motivo de segurança pessoal, tenho em vista ameaças sofridas pela comunidade, e, portanto, inviabilizada a possibilidade de conciliação, defiro a reintegração da posse ao autor, assegurada a livre locomoção de qualquer pessoa pelo ramal que corta a propriedade. As partes saem intimadas desta decisão. [...]

Entretanto, diante dos precedentes que passarei a citar, que envolvem justamente a Terra Indígena Tupinambá, verifica-se que a decisão agravada contraria a orientação neles exarada, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. LIMINAR. SUSPENSÃO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TERRA INDÍGENA. ESTUDOS DE IDENTIFICAÇÃO. SEGURANÇA PÚBLICA. GRAVE RISCO. DESPROVIMENTO. 1. A determinação de reintegração de posse por meio de liminar, ou seja, sem análise exauriente da lide, quando há notícia de que a Funai aprovou as conclusões do grupo técnico, reconhecendo os estudos de identificação a Terra Indígena Tupinambá de Olivença, é precipitada e imprudente. 2. O cumprimento da decisão, expulsando os indígenas de área que, segundo a Funai, tem estudo conclusivo no sentido de que se trata de terra tradicionalmente ocupada pelos índios, pode ter desfecho grave, ante a possibilidade de confronto violento entre os policiais e os indígenas, representando grave risco à segurança da comunidade indígena Tupinambá e para os agentes policiais. 3. Afigura-se mais prudente manter a situação estabelecida há mais de 4 (quatro) anos, uma vez que, segundo o Magistrado prolator da liminar asseverou, o imóvel em questão já foi invadido pela terceira vez, e tem sido infrutíferos os meios pacíficos para dirimir o conflito.

(AGRSJT 0045011-67.2012.4.01.0000 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRIO CÉSAR RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, e-DJF1 p.535 de 11/01/2013)

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA N. 0075112-53.2013.4.01.0000/BA (d)

A FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – Funai requer a suspensão da decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da Subseção Judiciária de Ilhéus/BA nos autos da Ação de Reintegração de Posse n. 2893-67.2012.4.01.3301, que determinou a reintegração da autora Noelia de Carvalho Silva na posse do imóvel “Fazenda Esperança” (fl. 23).

Alega a requerente que “a Polícia Federal em Ilhéus/BA está na iminência de iniciar a retirada dos indígenas da área litigiosa, a fim de dar cumprimento ao mandado de reintegração de posse, requisitando, inclusive, o apoio da Coordenação Regional da Funai, para, no prazo de 20 (vinte) dias, contados de 22/11/2013”, atuar na desocupação do imóvel litigioso (fl.4).

Sustenta que “o cumprimento da decisão representa grave risco à segurança pública, em especial no que tange à Comunidade Tupinambá de Olivença, aos fazendeiros na região e aos agentes policiais responsáveis pelo acompanhamento/cumprimento da medida” (fl. 5).

Afiança que “a reintegração de posse foi proferida sem suficiente amparo jurídico, haja vista a existência de relatório circunstanciado, aprovado pelo Presidente da Funai (Despacho n. 24, DOU de 20/04/2009) e já encaminhado ao Ministério da Justiça para homologação da demarcação, o qual reconhece que a área na qual se situa o imóvel litigioso é terra indígena tradicionalmente ocupada, cuja posse e usufruto são exclusivos da Comunidade Tupinambá” (fl. 5).

Pois bem, a questão relativa à demarcação da Terra Indígena Tupinambá já foi objeto de apreciação pela Corte Especial desta Corte, em 15/04/2010, nos autos do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 2008.01.00.054977-7, obtendo julgamento favorável à causa indígena. Confira-se:

AGRAVO. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE DECISÕES REINTEGRATÓRIAS DE POSSE. NÃO PROVIMENTO.

I – Aprovação, pelo Presidente da Funai, das conclusões do grupo técnico e publicação, no órgão oficial de imprensa, de resumo do relatório, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, nos termos do § 7º do art. 2º do Decreto 1775/1996, reconhecendo os estudos de identificação da Terra Indígena Tupinambá de Olivença como de ocupação do grupo tribal Tupinambá, localizada nos municípios de Buerarema, Ilhéus e Una, Estado da Bahia.

II – Ocorrência de grave lesão à ordem e à segurança públicas; primeiro, porque a desocupação por certo levaria a um conflito entre índios e policiais; segundo, porque faria com que toda uma comunidade indígena fosse desalojada e viesse a se instalar nas periferias das cidades, com todas as conseqüências daí decorrentes, e terceiro, porque, após a demarcação, os índios deverão retornar àquelas terras, com novos percalços para a retirada dos não índios.

III – Agravo a que se nega provimento.

A questão ora em apreço é a mesma. A determinação de reintegração de posse por meio de liminar, ou seja, sem análise exauriente da lide, quando há notícia de que a Funai aprovou as conclusões do grupo técnico, reconhecendo os estudos de identificação a Terra Indígena Tupinambá de Olivença, mostra-se precipitada e imprudente.

Não há dúvida de que, quando a decisão liminar impugnada foi proferida (08/10/2013), a situação fática já não era mais a mesma daquela relatada pela autora da ação (20/07/2012), visto que já se passou mais de 1 (um) ano, do suposto esbulho e atualmente encontram-se instalados mais de 40 (quarenta) pessoas, incluindo crianças e idosos, que se consideram legítimos possuidores da área em litígio, existindo relatório circunstanciado reconhecendo que o imóvel está inserido em terra tradicionalmente ocupada pelos índios Tupinambás.

Nesse contexto, o cumprimento da decisão, expulsando os indígenas de área, onde já está instalados há mais de ano e dia, que, segundo a Funai, tem estudo conclusivo de que se trata de terra tradicionalmente ocupada pelos índios, pode ter desfecho grave, ante a possibilidade de confronto violento entre os policiais e os indígenas, representando grave risco à segurança da comunidade indígena Tupinambá e para os agentes policiais, a exemplo do que ocorreu recentemente no município de Sidrolândia (MS), em que, conforme noticiou a imprensa nacional, a execução de uma reintegração de posse resultou na morte de um indígena, saíram feridos vários outros índios e policiais federais envolvidos no confronto.

Registre-se, ainda, os conflitos que estão ocorrendo na região sul da Bahia, entre indígenas e fazendeiros, para onde foi enviada uma tropa da Força Nacional de Segurança para atuar junto à Polícia Federal, que ainda conta com o apoio da Polícia Militar e da Companhia Independente de Policiamento Especializado, com o objetivo de evitar novos atos de violência por conta dos conflitos fundiários, e garantir o processo de paz naquela localidade¹.

Constato, pois, que a execução da decisão ora impugnada, tem o condão de acarretar grave lesão à ordem e à segurança Públicas, por isso que não se deve alterar o estado atual dos fatos, mantendo-se as famílias indígenas no local onde se encontram, a fim de evitar o recrudescimento do embate hoje estabelecido no Sul da Bahia.

Ante o exposto, defiro a suspensão requerida pela Funai, salvo se a decisão ora impugnada já tenha sido efetivamente cumprida.

Comunique-se, com urgência, ao juízo a quo e à Polícia Federal local.

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA N. 0075039-81.2013.4.01.0000/BA (d)

¹ Disponível em: <<http://www.tribunahoje.com/noticia/72895/brasil/2013/08/19/forca-nacional-chega-a-area-de-impasse-com-indios-na-bahia.html>>.

A Fundação Nacional do Índio (Funai) requer a suspensão da liminar deferida pelo Juiz Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Itabuna (BA), em 27.09.2013, nos autos Ação de Reintegração/Manutenção de Posse n. 2787-41.2013.4.01.3311, cujo dispositivo está assim expandido (fls. 21-23):

[...]

Pelo exposto, defiro a liminar pleiteada, determinando a imediata expedição de Mandado de Reintegração em favor do autor, para que seja reintegrado na posse do imóvel rural denominado "Fazenda Floresta"; imóvel identificado às fls. 14/15 e que foi objeto de esbulho por integrantes da Comunidade Indígena Tupinambá da Serra do Padeiro.

Para o cumprimento da medida, requisite-se imediato auxílio à Delegacia de Polícia Federal de Ilhéus, bem como à Força Nacional, devendo a diligência contar com a participação de dois Oficiais de Justiça deste Juízo, com advertência expressa quanto à adoção de todas as cautelas necessárias para o não incremento da violência. Quando do cumprimento, devem ser identificados, tantos quanto for possível, os nomes dos invasores, de modo a viabilizar a ulterior caracterização, em sendo o caso, de crime de desobediência. Citem-se os réus para que apresentem defesa, no prazo legal. Expeça-se edital de citação, com idêntica finalidade, para os terceiros incertos e desconhecidos responsáveis pela ocupação aqui versada ou que tenham de qualquer modo colaborado com a mesma. Publique-se. Intimem-se.

Cumpra-se com urgência. Priorize-se.

Itabuna 27/09/2013.

Alega a Requerente que o imóvel "Fazenda Floresta" encontra-se inserido nos limites da Terra Indígena Tupinambá de Olivença localizada nos Municípios de Ilhéus (BA), Buerarema (BA) e uma (BA), e que a Polícia Federal está na iminência de iniciar a retirada dos indígenas da área em litígio.

Afirma que "o cumprimento da decisão interlocutória representa grave risco à segurança pública, em especial no que tange à Comunidade Indígena Tupinambá de Olivença, aos fazendeiros da região e aos agentes policiais responsáveis pelo acompanhamento/cumprimento da medida" (fl. 5).

Afiança que a decisão liminar "foi proferida sem suficiente amparo jurídico, haja vista a existência de relatório circunstanciado, aprovado pelo Presidente da Funai (Despacho n. 24, DOU de 24/04/2009) e já encaminhado ao Ministério da Justiça para homologação da demarcação, o qual reconhece que a área na qual se situa o imóvel litigioso é terra indígena tradicionalmente ocupada, cuja posse e usufruto são exclusivos da Comunidade Tupinambá (documento anexo), nos termos do art. 231 da Constituição Federal" (fl. 5).

Ressalta que "estão envolvidos na operação de retomada, que abarca 13 mandados reintegratórios, cerca de 500 indígenas - homens, mulheres, crianças e idosos, alguns deles com problemas de saúde" (fl. 5) e que é patente "a possibilidade de conflitos de consequências imprevisíveis, uma vez que os Tupinambás estão convictos de que a área lhes pertence, mormente por já ter sido aprovado o relatório circunstanciado de delimitação da terra indígena" (fl. 5).

Decido.

Esclareço, inicialmente, que o presente pedido veio à minha apreciação em razão da ausência ocasional e justificada do eminente Presidente deste Tribunal.

Pois bem, de acordo com os dados presentes na Informação Técnica n. 260/DPT/2013, elaborada pela própria Funai (fl.35), ocupam a área litigiosa, conhecida como Fazenda Floresta, cerca de 70 (setenta) indígenas, incluindo crianças e idosos, sendo que, conforme o Despacho n. 24, de 17.04.2009, da Funai (fls.44-68), tal área é tradicionalmente ocupada pelos índios Tupinambás. Confira-se:

[...]

A Terra Indígena Tupinambá de Olivença está situada nos Municípios de Ilhéus, Buerarema e Una, no Estado da Bahia e é ocupada tradicionalmente pelos Tupinambá de Olivença cuja predominância de traços da vida social remonta à grande família Tupi, filiação que não é apenas um resquício histórico remoto, mas uma marca efetiva na organização social e modo de vida atuais. Estimados aproximadamente em três mil, os Tupinambá habitam em pequenas unidades familiares distribuídas em uma área que abrange tanto a costa marítima quanto uma região de Mata Atlântica a norte, ao sul da vila de Olivença, e para o interior, até a uma cadeia de montanhas composta pelas Serras das Trempes, do Serrote e do Padeiro.

[...]

Nesse contexto, o cumprimento da decisão, expulsando os indígenas de área que, segundo a Funai, pode ter desfecho grave, ante a possibilidade de confronto violento entre os policiais e os indígenas, representa grave risco à segurança da comunidade indígena Tupinambá, assim como à segurança pública como um todo.

Registre-se que os conflitos entre indígenas e produtores rurais na região sul da Bahia acirraram-se consideravelmente nos últimos meses, e nem o envio, em agosto deste ano, de uma tropa da Força Nacional de Segurança para atuar junto à Polícia Federal, que ainda conta com o apoio da Polícia Militar e da Companhia Independente de Policiamento Especializado, foi suficiente para evitar novos confrontos. No dia 08.11.2013, três índios tupinambás foram mortos na região de Ilhéus.

Assim, não obstante a informação do juízo a quo de que o esbulho ocorreu no dia 11.08.2013, o que o levou a proteger a posse, "do ponto de vista jurídico", dos autores da ação reintegratória, o fato é que o cumprimento da decisão, neste momento, tem o condão de acarretar grave lesão à ordem e à segurança públicas.

Ante o exposto, defiro a suspensão requerida pela Funai, até que, sobrevindo a sentença, esta Corte se pronuncie, no recurso ordinário, sobre o mérito da ação, ou até que sobrevenha a definitiva demarcação da terra indígena de que trata o Despacho n. 24, de 17.04.2009 da Funai.

Comunique-se, com urgência, ao juízo a quo e à Polícia Federal local.

Intimem-se. Preclusas as vias impugnatórias, arquivem-se os autos.

Contudo, ao que parece, esse entendimento passou a ser revisto nas decisões que apreciavam os pedidos de suspensão de liminar, no âmbito da Presidência desta Corte, a fim de que fossem examinados, caso a caso, de acordo com o modo e tempo de posse reclamada, *procurando manter o status quo ante*. Nesse sentido, foram os pronunciamentos judiciais exarados no bojo dos processos 0045750-06.2013.4.01.0000/BA; 0045749-21.2013.4.01.0000/BA e 0045725-90.2013.4.01.0000/BA.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, por meio da SL 758/BA, atendendo a pedido da Procuradoria Geral da República, a fim de evitar o risco de agravamento do conflito fundiário naquela região, bem como visando resguardar a integridade física dos indígenas e de outros envolvidos nos litígios, decidiu suspender os provimentos de urgência deferidos no bojo de diversas ações de reintegração de posse, obstando a retirada à força da população indígena.

Assim, diante do mesmo contexto fático, entendo prudente, por ora, aguardar pronunciamento judicial definitivo sobre o mérito da ação possessória, antes que se adotem quaisquer medidas de cunho executório a esse respeito.

Ante o exposto, defiro o pedido de atribuição de efeito suspensivo, para sobrestar o cumprimento da decisão agravada.

Comunique-se, com urgência.

Colham-se informações do juízo *a quo*.

Intime-se a agravada para apresentar contraminuta, em conformidade com o disposto no art. 527, inciso V, do Código de Processo Civil.

A seguir, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para manifestação.

Publique-se.

Brasília, 4 de fevereiro de 2016.

Juíza Federal *Hind Ghassan Kayath*, relatora convocada.

Agravo de Instrumento 0001597-77.2016.4.01.0000/DF

Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada)
 Agravante: Práticos da Barra do Rio Grande Ltda.
 Advogados: Dr. Alexandre Luiz Amorim Falaschi e outros
 Agravada: União Federal
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
 Publicação: e-DJF1 de 11/02/2015, p. 710

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Práticos da Barra do Rio Grande Ltda., de decisão que, em ação processada sob o rito ordinário contra a União, indeferiu o pedido de antecipação da tutela para que fosse assegurado

[...] que a agravada se abstenha de praticar todo e qualquer ato que importe na imposição ou fixação de preços máximos para os serviços de praticagem prestados pelo agravante, garantindo-se a ele seu direito de negociar livremente sua remuneração com os tomadores dos serviços, salvo quando a intervenção da Autoridade Marítima se fizer necessária para assegurar a disponibilidade permanente do serviço, na forma do disposto no art. 14, parágrafo único, II, da Lei 9.537, de 11.12.1997 [...] (fl. 08).

A parte agravante alega que o diretor de Portos e Costas da Marinha do Brasil está na iminência de homologar tabela de preços, a qual visa, de maneira ilegal, segundo alega, impor valores que deveriam continuar a ser livremente convençados entre os práticos e os armadores de navios.

Afirma ser inconstitucional o Decreto 7.860/2012, bem como, que o art. 14 da Lei 9.357/1997 não pode ser aplicado para fixar preços para o serviço de praticagem.

Pede, ao final, a antecipação da tutela recursal.

Decido.

No caso, a decisão agravada encontra-se assim fundamentada, *verbis*:

Entendo que não estão presentes os requisitos para a concessão da medida pleiteada, máxime diante da presunção de legalidade de que se revestem os atos da administração. Não é possível, assim, reconhecer a inconstitucionalidade do Decreto 7860/2012, em obséquio àquele princípio.

Observo que o ato impugnado na presente ação, aparentemente encontra seu fundamento de legalidade no art. 14 da 9.537/97, in verbis:

Art. 14. O serviço de praticagem, considerado atividade essencial, deve estar permanentemente disponível nas zonas de praticagem estabelecidas.

Parágrafo único. para assegurar o disposto no caput deste artigo, a autoridade marítima poderá:

I - estabelecer o número de práticos necessários para cada zona de praticagem;

II - fixar o preço do serviço em cada zona de praticagem;

III - requisitar o serviço de práticos.

Aliás, a fixação do preço do serviço de praticagem constitui forma de reduzir as diferenças entre a remuneração de todos os práticos do País, nivelando-os aos patamares internacionais, conforme explicado pela União nos autos do Processo n. 54235-43.2014.4.014.3400, também em trâmite nesse juízo:

“125. O desenvolvimento de uma sistemática unificada para a fixação dos serviços de praticagem para todas as Zonas de Praticagem visa, precipuamente, eliminar as assimetrias metodológicas, assegurando a adequada remuneração a todos os práticos do país, já incluídas nesta remuneração o pagamento de todos os impostos, despesas e encargos diretos e indiretos, restando ainda, ao final, um valor adequado de remuneração dos serviços em patamares similares aos parâmetros internacionais. (fls. 178 dos autos n. 54235-43.2014.4.01.3400)

Acrescento, ainda, que a verossimilhança do que alegado na inicial não se encontra presente em face de decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento n. 2014.00.00.102623-0 sobre o tema, interposto contra decisão proferida no Mandado de Segurança Coletivo n. 127373-69.2014.4.02.51.01 impetrado por sindicato que também representa a autora.

“Em sede de cognição sumária, observa-se que o art. 14, II, da lei n. 8.537/1997, trouxe a possibilidade de fixação dos preços do serviço em cada zona de praticagem pela autoridade marítima, sendo certo que a regra da livre negociação, com a possibilidade excepcional de fixação dos preços, foi explicitamente trazida apenas pelo art. 6º do Decreto n. 2.596/98, posteriormente modificado pelo Decreto n. 7.680/2012, razão pela qual não observo, neste momento, afronta ao princípio da reserva legal”.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de antecipação da tutela formulado na inicial.

Esse entendimento, entretanto, destoa da orientação jurisprudencial que prevalece, por ora, no âmbito das turmas que compõem a Terceira Seção deste Tribunal, no sentido de que a intervenção do Poder Público na fixação do preço do serviço a ser praticado em cada zona de praticagem somente pode ocorrer de forma extraordinária, vale dizer, para garantir a disponibilidade do serviço, atendendo, desse modo, a disciplina estabelecida no art. 14 da Lei 9.537/1997.

A esse respeito, já teve oportunidade de se pronunciar o eminente Desembargador Federal Néviton Guedes, no bojo do Agravo de Instrumento 48699-32.2015.4.01.0000/DF:

Como se vê, consoante o disposto no art. 14 da Lei 9.537/1997, apenas de forma extraordinária, isto é, para garantir a disponibilidade do serviço e, portanto, quando isso se fizer necessário, é que o legislador autoriza a intervenção da Administração na formação de seus preços. Contudo, desbordando de sua competência, o Decreto 7860/2012 – que criou a Comissão Nacional para Assuntos de Praticagem com o objetivo de elaborar propostas sobre regulação de preços, abrangência das zonas e medidas de aperfeiçoamento relativas ao serviço de praticagem –, conferiu poder no sentido de que a Administração pudesse, ordinariamente, estabelecer os preços máximos dos serviços de praticagem.

Na mesma linha de entendimento há precedente desta Sexta Turma, relatado pelo Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIÇO DE PRATICAGEM. FIXAÇÃO DE PREÇOS MÁXIMOS. INTERVENÇÃO EXTRAORDINÁRIA DA AUTORIDADE MARÍTIMA. ART. 14 DA LEI 9.537/97. DECRETO 7.860/12. INTERVENÇÃO ORDINÁRIA. ILEGALIDADE. AJUSTAMENTO DE PREÇOS. LIBERDADE DE INICIATIVA. AGRAVO PROVIDO.

A Lei 9.537/97, em seu art. 14, dispõe ser o serviço de praticagem considerado atividade essencial do serviço de praticagem e sua presença permanentemente disponível nas zonas estabelecidas, a autoridade marítima pode 'fixar o preço do serviço em cada zona de praticagem'.

O Decreto 7.860/12, por sua vez, exarceba o poder regulamentar da Lei 9.537/1997, na medida em que interpreta de forma extensiva o dispositivo legal de caráter restritivo. Se essa lei admite a restrição aos preços com a fixação destes, o faz para garantir a continuidade de uma atividade essencial, ao passo que o decreto não prevê a possibilidade de fixação de preços máximos adstrita a esta hipótese e de indisponibilidade do serviço, mas sim em qualquer caso, logo, extrapolando o limite legal.

"A administração não pode, de maneira geral e absoluta, interferir nos preços desta atividade (praticagem) atuando, nesse particular, apenas de maneira extraordinária para fixar os preços dos serviços para atender o que disposto no art. 14 da referida Lei 9.537/97. Qualquer solução em sentido diverso, de ordem a propiciar a intervenção ordinária da Administração na formação dos preços, violaria a natureza de livre iniciativa já reconhecida, inclusive, jurisprudencialmente" (AC 0005361-90.2015.4.01.3400/DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES, QUINTA TURMA, e-DJF1, p. 3593 de 16/10/2015).

A liberdade de iniciativa foi erigida pelo constituinte à categoria dos princípios elementares da ordem econômica por ele instituída, arrolada no art. 170 da Carta Política de 1988. Tais princípios constitucionais não impedem uma intervenção econômica; todavia, a limitam. Assim, todo e qualquer propósito de intervenção deve se coadunar com tais princípios, não se podendo desprezar as formas democráticas exigidas. O ajustamento dos preços dos serviços, mesmo no caso da praticagem, não pode sofrer intervenção direta do poder público, sob pena de violar regras legais e constitucionais, o que não significa que o poder público não possa atuar de forma oblíqua – aumentando a oferta de mão-de-obra-, o que asseguraria preços mais competitivos.

Agravo de Instrumento a que se dá provimento para confirmar a decisão monocrática de deferimento da tutela antecipatória recursal anteriormente proferida (AG 0070428-51.2014.4.01.0000/DF, e-DJF1 de 17/11/2015).

Assim, diante da presença concomitante dos requisitos autorizadores, defiro a antecipação da tutela recursal, determinando que a agravada se abstenha de praticar qualquer ato que importe na fixação de preços máximos para os serviços de praticagem prestados pela agravante.

Intime-se a parte agravada para contrarrazões.

Dispensadas as informações.

Intime-se.

Publique-se.

Brasília, 4 de fevereiro de 2016.

Juíza Federal *Hind Ghassan Kayath*, relatora convocada.



Numeração única: 0055555-75.2007.4.01.3400

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2007.34.00.909744-3

Relator: Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende
Recorrente: União Federal
Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
Recorridos: Paulo Roberto Sales e outro
Advogados: Dr. Paulo Vidal e outro
Publicação: e-DJF1 de 15/01/2016, p. 1.211

Ementa

Administrativo. Militar. Valor da ajuda de custo. Medida Provisória 2.215-10/2001. Portarias R-260/GC6 e R-327/GC3. Integralidade da remuneração. Dependente. Efetivo acompanhamento. Necessidade. Pedido de uniformização provido.

I. Trata-se de pedido de uniformização de interpretação de lei federal interposto pela União contra acórdão proferido pela Turma Recursal da Seção Judiciária do Distrito Federal que confirmou a sentença de primeiro grau no sentido de que o militar que possui dependente tem direito ao pagamento integral da ajuda de custo prevista na Medida Provisória 2.215-10/2001, ainda que não acompanhado de seus dependentes nas missões designadas.

II. A Turma Recursal *a quo* assentou que a Portaria R-327/GC3/2003, a pretexto de regulamentar o cumprimento do disposto na MP 2.215-10/2001 e no Decreto 4.307/2002, feriu o princípio da legalidade impondo restrições não abarcadas pela norma legal, restringindo o pagamento integral da ajuda de custo apenas ao militar que efetivamente fosse acompanhado de seus dependentes nas missões designadas.

III. A recorrente defende, em suma, que somente quando o militar viaja acompanhado de seu(s) dependente(s) é que surgem os custos extras que justificam o pagamento da ajuda de custo integral, sendo esta a melhor exegese da MP 2.215-10/2001.

IV. Nos termos do art. 3º, XI, *a*, da MP. 2.215/2001, a ajuda de custo é direito pecuniário devido ao militar, pago adiantadamente, conforme regulamentação, e destina-se ao custeio das despesas de locomoção e instalação, exceto as de transporte, nas movimentações com mudança de sede. Não havendo efetivo deslocamento de dependentes, não é devido seu pagamento, de acordo com o anexo IV, tabela I, *e*, da aludida medida provisória.

V. Desse modo, as Portarias R-260/GC6 e R-327/GC3 — ao estipularem que o militar teria direito à ajuda de custo no valor da remuneração integral apenas nas comissões em que fosse efetivamente acompanhado de dependentes — não afrontam a Medida Provisória 2.215/2001 ou extrapolam o poder regulamentar conferido pela lei à Administração.

VI. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “[...] Definindo a Medida Provisória nº 2.215/2001 a ajuda de custo como o direito pecuniário devido ao militar para custeio de despesas de locomoção e instalação, não há falar em ilegalidade ou desproporcionalidade das Portarias da Aeronáutica que previam o pagamento integral do benefício apenas aos militares que tivessem sido acompanhados em missão por dependente, por terem gastos maiores dos que os daqueles que se deslocam e se instalam sem dependentes.” (REsp 1145001/RS, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012.)

VII. Igualmente, a TNU, no julgamento do Pedilef 200884005040566, firmou a tese de que para o militar fazer jus ao recebimento de ajuda de custo no valor integral da remuneração em face de afastamento é necessária a comprovação de deslocamento do(s) dependente(s).

VIII. Registra-se, por fim, que esta TRU da 1ª Região tem adotado entendimento idêntico ao dos julgados supracitados, *v.g.*, nos Pedidos de Uniformização 200836520074013 e 494694320074013.

IX. Ante o exposto, dou provimento ao pedido de uniformização para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Sem custas ou honorários nos termos do art. 55 da Lei 9.099/1995.

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao pedido de uniformização.

Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência – 23/10/2015.

Juiz Federal *Guilherme Fabiano Julien de Rezende*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende: — Trata-se de pedido de uniformização de interpretação de lei federal interposto pela União contra acórdão proferido pela Turma Recursal da Seção Judiciária do Distrito Federal que confirmou a sentença de primeiro grau no sentido de que o militar que possui dependente tem direito ao pagamento integral da ajuda de custo prevista na Medida Provisória 2.215-10/2001, ainda que não acompanhado de seus dependentes nas missões designadas.

No caso, a Turma Recursal *a quo* assentou que a Portaria R-327/GC3/2003, a pretexto de regulamentar o cumprimento do disposto na MP 2.215-10/2001 e no Decreto 4.307/2002, feriu o princípio da legalidade impondo restrições não abarcadas pela norma legal, restringindo o pagamento integral da ajuda de custo apenas ao militar que efetivamente fosse acompanhado de seus dependentes nas missões designadas.

Cinge-se a controvérsia ao valor devido a título de ajuda de custo a militar da Força Aérea Brasileira que realizou missão relativa a suas atividades sem acompanhamento de seus dependentes.

A recorrente defende, em suma, que somente quando o militar viaja acompanhado de seu(s) dependente(s) é que surgem os custos extras que justificam o pagamento da ajuda de custo integral, sendo esta a melhor exegese da MP 2.215-10/2001.

Foi apontada divergência em face do entendimento firmado pela Turma Recursal do Mato Grosso, cuja decisão converge para as razões expostas pela União.

Devidamente intimado, o recorrido apresentou contrarrazões (fls. 170-180).

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende: — Nos termos do art. 3º, XI, *a*, da MP 2.215/2001, a ajuda de custo é direito pecuniário devido ao militar, pago adiantadamente, conforme regulamentação, e destina-se ao custeio das despesas de locomoção e instalação, exceto as de transporte, nas movimentações com mudança de sede. Não havendo efetivo deslocamento de dependentes, não é devido seu pagamento, de acordo com o anexo IV, tabela I, *e*, da aludida medida provisória.

Desse modo, as Portarias R-260/GC6 e R-327/GC3 — ao estipularem que o militar teria direito à ajuda de

custo no valor da remuneração integral apenas nas comissões em que fosse efetivamente acompanhado de dependentes — não afrontam a Medida Provisória 2.215/2001 ou extrapolam o poder regulamentar conferido pela lei à Administração.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que

[...] Definindo a Medida Provisória nº 2.215/2001 a ajuda de custo como o direito pecuniário devido ao militar para custeio de despesas de locomoção e instalação, não há falar em ilegalidade ou desproporcionalidade das Portarias da Aeronáutica que previam o pagamento integral do benefício apenas aos militares que tivessem sido acompanhados em missão por dependente, por terem gastos maiores dos que os daqueles que se deslocam e se instalam sem dependentes. (REsp 1145001/RS, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012.)

Igualmente, a TNU, no julgamento do Pedilef 200884005040566, firmou a tese de que para o militar fazer jus ao recebimento de ajuda de custo no valor integral da remuneração em face de afastamento é necessária a comprovação de deslocamento do(s) dependente(s), *in verbis*:

ADMINISTRATIVO - MILITAR - VALOR DA AJUDA DE CUSTO DE TRANSPORTE - EXISTÊNCIA DE DEPENDENTES - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DESLOCAMENTO DOS MESMOS - VALOR INTEGRAL DA REMUNERAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DECRETO 4.307/2002 - INCIDENTE DA UNIÃO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Pretensão ao recebimento de ajuda de custo no valor integral da remuneração em face de afastamento a serviço da Organização Militar de origem, sem desligamento desta, independentemente de ter ou não sido acompanhado por dependente, por entender que a norma de regência exigiu apenas a existência de dependente registrado para que o militar faça jus à percepção da ajuda de custo no seu valor integral. 2. Somente nas situações em que o militar for efetivamente acompanhado de dependentes terá direito ao pagamento do valor integral da ajuda de custo. O cálculo do valor da indenização leva em conta a existência ou não de comprovação de deslocamento dos dependentes, de modo que nos deslocamentos por mais de 15 dias e igual ou inferior a três meses a ajuda de custo equivale ao valor de uma remuneração na ida e na volta, e apenas à metade da remuneração na hipótese de não haver deslocamento dos dependentes (alínea “c” e “e”, respectivamente, da Tabela I do Anexo IV da MP nº 2.215-10/2001). A mesma sistemática foi repetida no Decreto nº 4.307/2002 (art. 56). Nessas condições, o art. 1º, §4º, da Portaria nº R-260 do Comandante da Aeronáutica, de

11/6/2003, acrescentado pela Portaria n.º R-327, de 10/7/2003, prevê que somente nas situações em que o militar for efetivamente acompanhado de dependentes terá direito ao pagamento do valor integral da ajuda de custo. 3. Incidente conhecido e provido para firmar a tese de que para fazer jus ao recebimento de ajuda de custo no valor integral da remuneração em face de afastamento é necessária a comprovação de deslocamento do(s) dependente(s), julgando improcedente o pedido inicial do autor, restabelecendo a sentença de piso e condenando o requerido sucumbente nas verbas sucumbenciais, suspensas em caso de gratuidade de justiça. (PEDILEF 200884005040566, JUIZ

FEDERAL VLADIMIR SANTOS VITOVSKY, TNU, DOU 08/03/2013.)

Registra-se, por fim, que esta TRU da 1ª Região tem adotado entendimento idêntico ao dos julgados supracitados, v.g., nos Pedidos de Uniformização 200836520074013 e 494694320074013.

Ante o exposto, dou provimento ao pedido de uniformização para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Sem custas ou honorários nos termos do art. 55 da Lei 9.099/1995.

É como voto.

Numeração única: 0041616-18.2013.4.01.3400

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2013.34.00.009128-6

Relator: Juiz Federal Márcio André Lopes Cavalcante
 Recorrente: José Ribamar Silva Santos
 Advogado: Dr. José do Egito Figueiredo Barbosa
 Recorrida: União Federal
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias
 Publicação: e-DJF1 de 15/01/2016, p. 1.223

Ementa

Constitucional e Administrativo. Servidor público federal. Revisão geral de remuneração. Art. 37, X, CF/1988. Lei 10.697/2003. Lei 10.698/2003. Reajuste de 13,23%. Indevido. Incidente desprovido.

I. Pedido de uniformização regional interposto pela parte-autora alegando divergência de entendimento entre a 1ª Turma Recursal do Distrito Federal e a Turma Recursal de Rondônia, a respeito do direito de incorporação do reajuste de 13,23% sobre o vencimento de servidor público federal.

II. O pedido deduzido nos autos relaciona-se com as medidas adotadas pelo Governo Federal no ano de 2003, quando foram editadas 2 (duas) leis tratando dos estípedios do funcionalismo público federal (Leis 10.697/2003 e 10.698/2003).

III. Naquele ano, as remunerações e os subsídios dos servidores públicos federais sofreram o acréscimo de 1% (um ponto percentual) mais R\$ 59,87 (cinquenta e nove reais e oitenta e sete centavos), decorrentes da aplicação das referidas leis.

IV. O índice de 1% foi concedido com o caráter de revisão remuneratória geral, consoante previsão inserta no art. 37, X, da Carta da República. Já o valor fixado em pecúnia foi outorgado como vantagem individual, vindo a compor a base de incidência das futuras revisões gerais, mas não a base de cálculo das demais vantagens que compõem a estrutura remuneratória de cada servidor beneficiado. Tal previsão no próprio ato instituidor da vantagem já desqualifica o alegado propósito revisional que lhe seria ínsito, como sustenta o autor. O que se denota é a intenção do legislador de promover um acréscimo uniforme nos ganhos dos servidores públicos em conjunção com a revisão remuneratória operada por meio da aplicação de índice geral; tratando-se, pois, de duas parcelas inconfundíveis.

V. Cumpre lembrar, ainda, o enunciado do verbete 37 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe: “Não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.

VI. A respeito da matéria em debate, a jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização posiciona-se pela não concessão do reajuste (Pedilef 05036132420144058400; relator: Juiz Federal João Batista Lazzari; *DOU* 28/08/2015, pp. 151-241).

VII. O acórdão impugnado encontra-se em consonância ao entendimento da TNU.

VIII. Incidente de uniformização regional conhecido e desprovido.

Acórdão

A Turma, por maioria, negou provimento ao pedido de uniformização.

Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência – 23/10/2015.

Juiz Federal *Márcio André Lopes Cavalcante*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio André Lopes Cavalcante: — Trata-se de pedido de uniformização regional interposto pela parte-autora contra acórdão da 1ª Turma Recursal do Distrito Federal, que manteve a sentença de improcedência do reajuste de 13,23% a servidor público federal, referente à revisão geral anual de 2003.

Ação: na origem, o autor ajuizou ação no Juizado Especial Federal (Brasília/DF) pleiteando a incorporação do índice de 13,23%, referente à revisão geral anual de 2003, e obtido a partir da interpretação das Leis 10.697/2003 e 10.698/2003, que concedeu o valor fixo de R\$ 59,87 para todos os servidores públicos federais, a título de Vantagem Pecuniária Individual.

Recurso inominado: a parte-autora interpôs recurso inominado, que foi improvido pela 1ª Turma Recursal do Distrito Federal mantendo-se a sentença de improcedência.

Pedido de uniformização regional admitido pela presidente da Turma Regional de Uniformização da 1ª Região: a parte-autora apresentou incidente de uniformização regional citando como paradigma processo da Turma Recursal de Rondônia, sendo o incidente admitido uma vez atendidos os requisitos necessários ao juízo de admissibilidade.

Contrarrazões apresentadas.

É relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio André Lopes Cavalcante: — Trata-se de pedido de uniformização regional interposto pela parte-autora alegando divergência de entendimento entre a 1ª Turma Recursal do Distrito Federal e a Turma Recursal de Rondônia, a respeito do direito de incorporação do

reajuste de 13,23% sobre o vencimento de servidor público federal.

O recorrente defende, em síntese, que a recomposição remuneratória operada pela Lei 10.698/2003 representa uma verdadeira revisão geral anual, o que lhe garantiria o direito à incorporação do percentual de 13,23%.

O pedido deduzido nos autos relaciona-se com as medidas adotadas pelo Governo Federal no ano de 2003, quando foram editadas 2 (duas) leis tratando dos estipêndios do funcionalismo público federal.

Trata-se das Leis 10.697/2003 e 10.698/2003 que assim dispõem:

Lei 10.697/2003

Art. 1º Ficam reajustadas em um por cento, a partir de 1º de janeiro de 2003, as remunerações e os subsídios dos servidores públicos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais [...].

Lei 10.698/2003

Art. 1º Fica instituída, a partir de 1º de maio de 2003, vantagem pecuniária individual devida aos servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais, ocupantes de cargos efetivos ou empregos públicos, no valor de R\$ 59,87 (cinquenta e nove reais e oitenta e sete centavos). Parágrafo único. A vantagem de que trata o caput será paga cumulativamente com as demais vantagens que compõem a estrutura remuneratória do servidor e não servirá de base de cálculo para qualquer outra vantagem. Art. 2º Sobre a vantagem de que trata o art. 1º incidirão as revisões gerais e anuais de remuneração dos servidores públicos federais [...].

Colhe-se da simples leitura das normas transcritas que, naquele ano de 2003, as remunerações e os subsídios dos servidores públicos federais sofreram o acréscimo de 1% (um ponto percentual) mais R\$ 59,87

(cinquenta e nove reais e oitenta e sete centavos), decorrentes da aplicação das referidas leis.

O índice de 1% foi concedido com o caráter de revisão remuneratória geral, consoante previsão inserta no art. 37, X, da Carta da República. Já o valor fixado em pecúnia foi outorgado como vantagem individual, vindo a compor a base de incidência das futuras revisões gerais, mas não a base de cálculo das demais vantagens que compõem a estrutura remuneratória de cada servidor beneficiado. Tal previsão no próprio ato instituidor da vantagem já desqualifica o alegado propósito revisional que lhe seria ínsito, como sustenta o autor. O que se denota é a intenção do legislador de promover um acréscimo uniforme nos ganhos dos servidores públicos em conjuminância com a revisão remuneratória operada por meio da aplicação de índice geral; tratando-se, pois, de duas parcelas inconfundíveis.

Outrossim, cumpre salientar, no caso em análise, o enunciado do verbete 37 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe: “Não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”. Assim, não obstante as considerações feitas pelo autor em sentido contrário, entendo que a matéria *sub examine* se insere no raio de abrangência da súmula acima transcrita, porquanto o pleito deduzido importa a concessão de aumento de remuneração por força da aplicação *in concreto* do princípio da isonomia.

Ademais, no caso em tela, acaso acolhido o pleito autoral sob o fundamento de isonomia, ter-se-ia a situação paradoxal de se manter a desigualdade já existente entre as remunerações dos servidores, quando o objetivo do legislador era a mitigação das distorções ocorrentes.

Registre-se, ainda, que inexistem nos autos qualquer demonstração acerca da exatidão do percentual de 13,23%, havendo apenas menção a tal índice.

A respeito da matéria em debate, a jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização posiciona-se pela não concessão do reajuste, conforme precedente a seguir.

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. PRETENSÃO DE INCORPORAÇÃO DE 13,23%. ALEGAÇÃO DE QUE LEI 10.698/2003 REPRESENTOU REVISÃO GERAL ANUAL MEDIANTE APLICAÇÃO DE REAJUSTES DISTINTOS. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL (ART. 37, X). DESCABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. INCIDENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Trata-se de ação movida por

servidor público federal em que pleiteia a condenação da União a revisar seus vencimentos mediante a incorporação do percentual de 13,23%, reajuste que entende devido desde a edição da Lei n. 10.698/2003. Aduz que o reajuste geral anual previsto nas Leis 10.331/01 e 10.697/2003, bem como a Vantagem Pecuniária Individual (VPI) criada pela Lei 10.698/03, importaram reajuste remuneratório de 13,23% para servidores com os menores salários à época e de pouco mais de 1% para os demais servidores, configurando reajuste diferenciado, vedado pela Constituição Federal de 1988 (art. 37, X). 2. A sentença julgou improcedente o pedido ao fundamento de que não há respaldo no ordenamento jurídico para equiparar a VPI à revisão geral dos servidores públicos, cujos fundamentos foram confirmados pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. 3. Em seu incidente de uniformização, alega a parte autora que a decisão da origem destoava de acórdão proferido pela Turma Recursal do Distrito Federal (processo 0000813-90.2013.4.01.3400), assim como do entendimento aplicado à matéria pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Apelação/Reexame necessário nº 2007.34.00.041467-0/DF e Apelação Cível nº 2009.30.00.001696-7/AC). Transcreve, no corpo da peça incidental, a íntegra das decisões paradigmas que cita. 4. Pedido inadmitido na origem, com agravo na forma do RITNU. 5. Inicialmente, registro que julgados oriundos de Tribunais Regionais Federais não servem à aferição da divergência, nos termos do art. 14, caput e § 2º, da Lei n. 10.259/01, que prevê que o pedido de uniformização deve ser fundado em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante no STJ. 6. Quanto ao paradigma da Turma Recursal do Distrito Federal, entendo que o incidente merece seguimento à medida que o requerente logrou êxito em demonstrar o dissídio jurisprudencial com relação à matéria trazida à apreciação. O paradigma, cuja cópia do inteiro teor acompanha o pedido de uniformização (doc. 016), reconheceu o direito à extensão do índice de 13,23% a todos os servidores públicos federais sufragando o entendimento de que a vantagem pecuniária individual de R\$ 59,87 (cinquenta e nove reais e cinquenta e sete centavos), concedida por meio da Lei nº 10.698/2003, revestiu-se do caráter de revisão geral anual, complementar à Lei nº 10.697/2003, e promoveu ganho real diferenciado entre os servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e das autarquias e fundações públicas federais, na medida em que instituiu uma recomposição maior para os servidores que percebiam menor remuneração. 7. No mérito, a tese defendida pela parte requerente não encontra abrigo no âmbito do C. SJT, cuja Primeira e Segunda Turmas consolidaram o entendimento de que a VPI, criada pela Lei n. 10.698/2003, não se reveste de natureza de revisão geral de vencimentos, sendo

indevida a incorporação do reajuste postulado. Colacionam-se os seguintes arestos de nosso Superior Tribunal: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REAJUSTE DE 13,23%. VANTAGEM PECUNIÁRIA INDIVIDUAL. LEIS 10.697/2003 E 10.698/2003. DESCABIMENTO. REVISÃO GERAL DE VENCIMENTOS. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DA PRIMEIRA E SEGUNDA TURMAS DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Consoante a jurisprudência do STJ, a Vantagem Pecuniária Individual, criada pela Lei 10.698/2003, não possui natureza de revisão geral de vencimentos, não sendo devido, aos servidores públicos federais, o reajuste de 13,23%. Precedentes (STJ, AgRg no REsp 1.490.094/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2014; STJ, REsp 1.450.279/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 16/06/2014). II. Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1316914/PB, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 24/04/2015) PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REAJUSTE DE 13,23%. LEI 10.698/2003. VANTAGEM PECUNIÁRIA INDIVIDUAL. REVISÃO GERAL DE VENCIMENTOS. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. É firme o entendimento no âmbito da 1ª e 2ª Turma do STJ no sentido de que a Vantagem Pecuniária Individual criada pela Lei 10.698/2003 não possui natureza de reajuste geral de vencimentos, não sendo devido aos servidores públicos o reajuste de 13,23%. Incidência da Súmula 83/STJ. 2. Precedentes: AgRg no REsp 1267125/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, DJe 08/09/2014; REsp 1450279/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 16/06/2014; AgRg no AREsp 462.844/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 11/03/2014, DJe 17/03/2014; AgRg no REsp 1256760/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 21/11/2013, DJe 12/12/2013. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1490094/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 19/12/2014) ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REAJUSTE GERAL ANUAL (CF/88, ART. 37, X, PARTE FINAL). REAJUSTE DE 13,23%. LEI N. 10.698/2003. VPNI. REVISÃO GERAL NÃO CONFIGURADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 339/STF. 1. Os recorrentes objetivam o reajuste no percentual de 13,23%, que corresponderia à maior Revisão Geral Anual concedida pela Vantagem Pecuniária Individual (VPI) aos servidores, durante o ano de 2003, no valor de R\$ 59,87 (cinquenta e nove reais e oitenta e sete centavos) dada pela Lei n. 10.698/2003. 2. O STJ já firmou compreensão no sentido de que a

VPI instituída pela Lei 10.698/03 não possui natureza de reajuste geral de vencimentos, sendo inviável sua extensão aos servidores substituídos, em face do óbice da Súmula 339/STF: “Não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”. Precedentes: AgRg no REsp 1256760/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12/12/2013; AgRg no AREsp 462.844/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17/03/2014. 3. Recurso especial não provido. (REsp 1450279/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 16/06/2014) ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LEI 10.698/03. VPNI INSTITUÍDA PELA LEI 10.698/03. REVISÃO GERAL DE VENCIMENTOS. NÃO OCORRÊNCIA. EXTENSÃO AOS SERVIDORES SUBSTITUÍDOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 339/STF. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Dispõe a Lei 10.698/03, in verbis: “Art. 1º. Fica instituída, a partir de 1º de maio de 2003, vantagem pecuniária individual devida aos servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais, ocupantes de cargos efetivos ou empregos públicos, no valor de R\$ 59,87 (cinquenta e nove reais e oitenta e sete centavos). Parágrafo único. A vantagem de que trata o caput será paga cumulativamente com as demais vantagens que compõem a estrutura remuneratória do servidor e não servirá de base de cálculo para qualquer outra vantagem”. 2. A VPNI instituída pela Lei 10.698/03 não possui natureza de reajuste geral de vencimentos, sendo inviável sua extensão aos servidores substituídos, em face do óbice da Súmula 339/STF. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1256760/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 12/12/2013) 8. Entendo pertinente transcrever trechos do voto proferido pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima nos autos do AgRg no REsp 1256760: [...] Quanto ao mérito, dispõe o art. 1º da Lei 10.698/03 (que “Dispõe sobre a instituição de vantagem pecuniária individual devida aos servidores públicos civis da Administração Federal direta, autárquica e fundacional”), in verbis : Art. 1º Fica instituída, a partir de 1º de maio de 2003, vantagem pecuniária individual devida aos servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais, ocupantes de cargos efetivos ou empregos públicos, no valor de R\$ 59,87 (cinquenta e nove reais e oitenta e sete centavos). Parágrafo único. A vantagem de que trata o caput será paga cumulativamente com as demais vantagens que compõem a estrutura remuneratória do servidor e não servirá de base de cálculo para qualquer outra vantagem. (Grifo nosso) Entendeu o Tribunal de origem, à luz da literalidade do referido dispositivo legal, que ele não contemplaria espécie de reajuste geral de vencimentos na forma alegada

pelo autor, ora recorrente, de modo que não poderia o Poder Judiciário estendê-lo aos servidores substituídos sob pena de invasão da competência reservada ao Legislador, na forma da Súmula 339/STF. Tal entendimento mostra-se correto, haja vista que não há mecanismo hermenêutico capaz de conferir à mencionada VPNI patamar compatível com o de uma revisão geral de vencimentos, malgrado sua iniciativa haver partido do Presidente da República - questão que, como suscitado de forma lateral no acórdão recorrido, é por si só questionável em relação aos servidores dos Poderes Judiciário e Legislativo -, bem assim sua destinação estar afeta aos servidores dos três Poderes, tal como previsto no art. 37, X da CRFB/88, eis que a incorporação desta quantia ao vencimento básico está vedada, bem como sua utilização como base de cálculo para qualquer outra vantagem. Por conseguinte, verifica-se que a intenção do recorrente efetivamente esbarra no óbice da Súmula 339/STF. 9. Ante o exposto, na esteira dos julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, nego provimento ao pedido de uniformização. (PEDILEF 05036132420144058400;

Relator: JUIZ FEDERAL JOÃO BATISTA LAZZARI; DOU 28/08/2015 PÁGS. 151/241).

Não desconheço que existe um julgado da 1ª Turma do STJ acolhendo o pleito (STJ, 1ª Turma, REsp 1536597/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 23/06/2015, *DJe* 04/08/2015). Trata-se, no entanto, ainda, de um precedente isolado de uma só das turmas que julga a matéria, não sendo possível afirmar que houve mudança no entendimento majoritário. Assim, considerando que a função da Turma de Uniformização é conferir segurança jurídica aos temas em debate penso que é prematuro alterar o posicionamento dominante na TNU e no sistema do JEF.

Desse modo, estando o acórdão impugnado em consonância ao entendimento da Turma Nacional de Uniformização, *conheço e nego provimento* ao pedido de uniformização de interpretação de lei federal interposto pela parte-autora.

É como voto.

Numeração única: 0019909-42.2009.4.01.3300

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2009.33.00.702885-9

Relator: Juiz Federal Márcio André Lopes Cavalcante
 Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini
 Recorrido: Roberto Renneberg
 Advogados: Dra. Clarice de Brito e outro
 Publicação: e-DJF1 de 15/01/2016, p. 1.215

Ementa

Previdenciário. Atividade especial. Período anterior a 28/04/1995. Rol exemplificativo. Decreto 53.831/1964. Enquadramento por analogia. Técnico de telecomunicações. Pedido de uniformização conhecido e desprovido.

I. Trata-se de pedido de uniformização regional interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS alegando divergência de entendimento entre a 1ª Turma Recursal da Bahia e a 2ª Turma Recursal da Bahia, a respeito do reconhecimento como especial da atividade de técnico de telecomunicações anterior a 28/04/1995.

II. O recorrente defende a impossibilidade da atividade do autor ser reconhecida como especial, já que não se encontra definida no rol de atividades do anexo do Decreto 53.831/1964.

III. Tem direito ao reconhecimento do tempo de atividade especial, para fins previdenciários, o segurado que comprove o exercício de atividade profissional considerada prejudicial à saúde, com a apresentação de formulários e laudos periciais fornecidos pelas empresas empregadoras. Em observância ao princípio *tempus regit actum* e à intangibilidade do direito adquirido, se o trabalhador laborou em condições especiais quando a lei em vigor o permitia, faz jus ao cômputo do tempo de serviço de forma mais vantajosa.

IV. Desse modo, os Decretos 53.831/1964 e 83.080/1979 regulamentaram as atividades nocivas ao trabalhador e o direito à aposentadoria especial sufragados pelo art. 31 da Lei 3.807/1960 e pelo art. 57 da Lei 8.213/1991, valendo observar que suas normas regulamentares expressamente os recepcionaram, conforme se infere do art. 292 do

Decreto 611/1991 e seus sucessores, que prevaleceram até o advento da Lei 9.032, de 28/04/1995, quando se tornou exigível a comprovação efetiva da exposição do obreiro a agentes nocivos. A partir desta lei, torna-se necessária para seu enquadramento especial a comprovação de agentes nocivos através da apresentação de formulários previstos nos decretos regulamentares, SBO40, DSS8030, DIRBEN8030.

V. No caso dos autos, no período de 24/11/1977 a 28/04/1995, o autor laborou na atividade de técnico em telecomunicações. De acordo com o anexo (item 2.4.5) do Decreto 53.831/1964, são enquadradas como especiais as atividades de telegrafista, telefonista e rádio operadores de telecomunicações.

VI. Apesar de o referido decreto não ter especificado a atividade desempenhada pelo autor, a jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização já decidiu, em casos semelhantes, que o rol de atividades do Decreto 53.831/1964 é meramente exemplificativo, e não taxativo, possibilitando, por analogia, o reconhecimento de determinada atividade como especial. Nesse sentido: TNU - Pedilef: 05028108520074058400, rel. Juiz Federal Rogério Moreira Alves, data de julgamento: 27/06/2012, data de publicação: 06/07/2012.

VII. Pedido de uniformização de jurisprudência conhecido e improvido.

Acórdão

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao pedido de uniformização.

Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência – 23/10/2015.

Juiz Federal *Márcio André Lopes Cavalcante*, relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio André Lopes Cavalcante: — Trata-se de pedido de uniformização regional interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra acórdão da 1ª Turma Recursal da Bahia, que manteve a sentença para reconhecer como especial o período de 24/11/1977 a 28/04/1995, em que o autor laborou na atividade de técnico em telecomunicações, enquadrada como atividade nociva pelo Decreto 53.831/1964.

Ação: na origem, o autor ajuizou ação no Juizado Especial Federal (Salvador/BA) pedindo o reconhecimento como especial e posterior averbação do tempo de serviço prestado à empresa Embratel, no período de 24/11/1977 a 30/06/2003, bem como do tempo em que supostamente desenvolveu a atividade de aluno aprendiz, e a implantação da aposentadoria por tempo de contribuição retroativamente à data do requerimento administrativo.

Recurso inominado: o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS interpôs recurso inominado, que foi improvido pela 1ª Turma Recursal da Bahia mantendo-se a sentença de procedência.

Pedido de uniformização regional admitido pela Coordenadora das Turmas Recursais da Bahia: o INSS apresentou incidente de uniformização regional citando como paradigma processo da 2ª Turma Recursal da Bahia, sendo o incidente admitido pela Coordenadora das Turmas Recursais da Bahia, uma

vez atendidos os requisitos necessários ao juízo de admissibilidade.

Contrarrazões não apresentadas.

É relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal Márcio André Lopes Cavalcante: — Trata-se de pedido de uniformização regional interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS alegando divergência de entendimento entre a 1ª Turma Recursal da Bahia e a 2ª Turma Recursal da Bahia, a respeito do reconhecimento como especial da atividade de técnico de telecomunicações, em período anterior a 28/04/1995.

O recorrente defende a impossibilidade da atividade do autor ser reconhecida como especial, já que não se encontra definida no rol de atividades do anexo do Decreto 53.831/1964.

Tem direito ao reconhecimento do tempo de atividade especial, para fins previdenciários, o segurado que comprove o exercício de atividade profissional considerada prejudicial à saúde, com a apresentação de formulários e laudos periciais fornecidos pelas empresas empregadoras. Em observância ao princípio *tempus regit actum* e à intangibilidade do direito adquirido, se o trabalhador laborou em condições especiais quando a lei em vigor o permitia, faz jus ao cômputo do tempo de serviço de forma mais vantajosa.

Desse modo, os Decretos 53.831/1964 e 83.080/1979 regulamentaram as atividades nocivas ao trabalhador e o direito à aposentadoria especial sufragados pelo art. 31 da Lei 3.807/1960 e pelo art. 57 da Lei 8.213/1991, valendo observar que suas normas regulamentares expressamente os recepcionaram, conforme se infere do art. 292 do Decreto 611/1991 e seus sucessores, que prevaleceram até o advento da Lei 9.032, de 28/04/1995, quando se tornou exigível a comprovação efetiva da exposição do obreiro a agentes nocivos. A partir desta lei, torna-se necessária para seu enquadramento especial a comprovação de agentes nocivos através da apresentação de formulários previstos nos decretos regulamentares, SB040, DSS8030, DIRBEN8030.

No caso dos autos, no período de 24/11/1977 a 28/04/1995, o autor laborou na atividade de técnico em telecomunicações. De acordo com o anexo (item 2.4.5) do Decreto 53.831/1964, são enquadradas como especiais as atividades de telegrafista, telefonista e rádio operadores de telecomunicações.

Apesar de o referido decreto não ter especificado a atividade desempenhada pelo autor, a jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização já decidiu, em casos semelhantes, que o rol de atividades do Decreto 53.831/1964 é meramente exemplificativo, e não taxativo, possibilitando, por analogia, o reconhecimento de determinada atividade como especial. Seguem precedentes da TNU.

PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL. ENQUADRAMENTO POR CATEGORIA PROFISSIONAL. ENGENHEIRO MECÂNICO. ANALOGIA. 1. Está pacificado na jurisprudência que o rol de atividades constante dos regulamentos da previdência social é exemplificativo. Atividades com grau de insalubridade, penosidade ou periculosidade similar ao daquelas expressamente assim classificadas nos decretos também podem ser consideradas especiais. 2. A profissão de engenheiro mecânico é bastante semelhante à dos engenheiros metalúrgicos, expressamente classificada como insalubres. Dessa forma, a atividade de engenheiro mecânico pode ser enquadrada por analogia no código 2.1.1 do Anexo II do Decreto nº 83.080/79 até 28/4/1995. 3. Incidente parcialmente provido. (TNU - PEDILEF: 05028108520074058400 , Relator: JUIZ FEDERAL ROGÉRIO MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 27/06/2012, Data de Publicação: 06/07/2012) PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL. VIGILANTE. IMPOSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO POR CATEGORIA PROFISSIONAL APÓS INÍCIO DA VIGÊNCIA DO DECRETO 2.172/97. 1. O quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64 dividia-se em duas partes: a primeira, relacionava os agentes nocivos à saúde (itens classificados nos subcódigos do código 1.0.0);

a segunda, relacionava as ocupações profissionais contempladas com presunção de nocividade à saúde (itens classificados nos subcódigos do código 2.0.0). A atividade de vigilante era reconhecida como especial por analogia com a atividade de guarda, prevista no código 2.5.7 do Decreto nº 53.831/64, ou seja, na segunda parte do quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64. Trata-se, pois, de enquadramento por categoria profissional. 2. O enquadramento por categoria profissional só é possível até 28/04/1995, porque a Lei nº 9.032/95 passou a condicionar o reconhecimento de condição especial de trabalho à comprovação da efetiva exposição a agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física, de modo habitual e permanente (vide nova redação atribuída ao art. 57, § 4º, da Lei nº 8.213/91). A exigência de comprovação da efetiva exposição a agente nocivo é incompatível com a presunção de insalubridade que até então se admitia em razão do mero exercício de determinada profissão. 3. Apesar de o enquadramento por categoria profissional ter sido abolido pela Lei nº 9.032/95, ainda se admite o enquadramento da atividade de vigilante como especial no período compreendido entre 29/04/1995 (início da vigência da Lei nº 9.032/95) e 04/03/1997 (antes de entrar em vigor o Decreto nº 2.172/97), porque o Decreto nº 53.831/64 persistiu em vigor nesse período. 4. Uniformizado o entendimento de que a partir de 05/03/1997, quando iniciou a vigência do Decreto nº 2.172/97, não cabe reconhecimento de condição especial de trabalho por presunção de periculosidade decorrente de enquadramento na categoria profissional de vigilante. 5. Pedido provido. (TNU - PEDILEF: 50069557320114047001 , Relator: JUIZ FEDERAL ADEL AMÉRICO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 09/10/2013, Data de Publicação: 28/10/2013) RECLAMAÇÃO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE ADEQUAÇÃO DE JULGADO AO ENTENDIMENTO DA TNU. PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTES BIOLÓGICOS. SERVIÇOS GERAIS EM LIMPEZA. PERÍODO ANTERIOR À LEI 9.032/95. EXPOSIÇÃO HABITUAL E PERMANENTE AOS AGENTES NOCIVOS. DESNECESSIDADE. RECLAMAÇÃO ACOLHIDA. 1. Trata-se Reclamação dirigida a este Colegiado por Justina Mesnerovisz, em face de acórdão da 2ª Turma Recursal do Estado de Santa Catarina, que em sede de readequação, negou-se a reconhecer o tempo especial no intervalo de 25/01/1989 a 29/02/1992, ao argumento de que a exposição aos agentes biológicos se dava apenas de forma esporádica. 2. O processo ficou sobrestado por força do disposto no art. 14, § 6º da, da Lei nº 10.259/01 e da Questão de Ordem - TNU nº 11. Após a apreciação da matéria pela TNU, a juíza Coordenadora das Turmas Recursais de Santa Catarina admitiu o pedido de uniformização e determinou a devolução dos autos à respectiva relatoria para adequação, sobrevindo o acórdão objeto da presente reclamação. 3. Por força da Questão de Ordem n. 16

da TNU, a reclamação tem sido admitida, por analogia ao art. 13 da Lei 8.038/90, com o propósito de fazer valer a autoridade das decisões desta Corte Nacional de Uniformização. 4. No cumprimento do desiderato de promover a aplicação uniforme da legislação federal, compete à TNU, em princípio, estabelecer as premissas jurídicas sobre as quais se assentará o julgamento da questão posta, remetendo à Turma Recursal de origem a tarefa de adequar o seu julgamento às premissas estabelecidas. 5. No caso sob exame, nota-se que a 2ª TR de Santa Catarina, ao proceder à adequação do julgado, a despeito de reconhecer o entendimento deste Colegiado, no sentido de que antes da edição da Lei nº 9.032/95 não se exigia a habitualidade e a permanência da exposição a agentes biológicos para fim de reconhecimento do respectivo tempo de serviço como especial, negou-se a reconhecer o labor desempenhado pela recorrente de 25/01/1989 a 29/02/1992. A fim de melhor situar a controvérsia, transcrevo adiante o trecho do voto em que o relator consigna os sécs motivos para não promover a adequação: “Restou ainda registrado que a autora estaria exposta a bactérias (limpeza banheiros). Quanto aos agentes biológicos, presentes predominantemente nas instalações sanitárias, não há indicação da sua presença de forma concreta e acima dos limites de tolerância aceitáveis, configurando uma exposição apenas esporádica.” (grifos do original) 6. O argumento de que não há indicação da presença dos agentes biológicos, de forma concreta e acima dos limites toleráveis, nas instalações sanitárias, não pode ser aceito, pois nos termos da jurisprudência desta TNU, a simples exposição a tais agentes, ao tempo da prestação do serviço, já seria bastante e suficiente para ensejar o reconhecimento do tempo respectivo como especial. Impende ressaltar que antes da Lei nº 9.032/95 não se exigia a exposição de forma concreta, haja vista que essa era presumida, pelo simples enquadramento na categoria profissional. Nesse sentido manifestou-se o eminente Juiz Federal Rogério Moreira Alves, no PEDILEF 05007011020124058502, in verbis: ...O enquadramento por categoria profissional só é possível até 28/04/1995, porque a Lei nº 9.032/95 passou a condicionar o reconhecimento de condição especial de trabalho à comprovação da efetiva exposição a agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física, de modo habitual e permanente (vide nova redação atribuída ao art. 57, § 4º, da Lei nº 8.213/91). A exigência de comprovação da efetiva exposição a agente nocivo é incompatível com a

presunção de insalubridade que até então se admitia em razão do mero exercício de determinada profissão. (DOU: 28/10/2013) 7. De outro lado, não resta dúvida de que a atividade de serviços gerais em limpeza era considerada insalubre e passível de reconhecimento como atividade especial. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente, in verbis: Ementa: PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL. EXPOSIÇÃO HABITUAL E PERMANENTE. LIMPEZA E SERVIÇOS GERAIS. AMBIENTE HOSPITALAR. EXPOSIÇÃO A AGENTES BIOLÓGICOS. PERÍODO ANTERIOR À LEI Nº 9.032/95. 1. O código 1.3.2 do quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64 contempla não só os profissionais da área da saúde, mas também os trabalhadores da área de limpeza que se expõem a germes infecciosos. A TNU reiterou esse entendimento ao julgar o pedido de uniformização de jurisprudência interposto no Processo nº 2007.70.51.006260-7, de minha relatoria (DOU 09/12/2011). No mesmo sentido: Processo nº 5002734-80.2012.4.04.7011, Relatora Juíza Kyu Soon Lee, DOU 23/04/2013; Processo nº 5013236-11.2012.4.04.7001, Relator Juiz André Carvalho Monteiro, julgado em 17/5/2013. 2. Ainda que a exposição do auxiliar de serviços gerais às doenças infecto-contagiosas ou materiais contaminados não tenha sido habitual e permanente, isso não impede o reconhecimento de atividade especial até 28/4/1995. 3. Pedido provido. Condenação do requerido em honorários advocatícios nos termos da Questão de Ordem nº 2 da TNU. (PEDILEF 50147535120124047001, Rel. Juiz Federal Rogério Moreira Alves; DOU 16/08/2013) 8. Não resta dúvida, portanto, de que o acórdão ora impugnado contraria a orientação prevalecente neste Colegiado a respeito do tema objeto da controvérsia, impondo-se, por conseguinte, o acolhimento da reclamação. 9. Reclamação acolhida para determinar à 2ª Turma Recursal do Estado de Santa Catarina que promova a adequação do julgado ao entendimento pacificado neste Colegiado, ao teor da súmula nº 49 da TNU. É o voto. (TNU - PEDILEF: 00000269820134900000 , Relator: JUIZ FEDERAL PAULO ERNANE MOREIRA BARROS, Data de Julgamento: 09/04/2014, Data de Publicação: 25/04/2014)

Desse modo, estando o acórdão impugnado em consonância com a jurisprudência dominante da Turma Nacional de Uniformização, *conheço* e *nego provimento* ao pedido de uniformização de interpretação de lei federal interposto pelo INSS.

É como voto.

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet ([www.trf1.jus.br/jurisprudencia/inteiro teor](http://www.trf1.jus.br/jurisprudencia/inteiro%20teor))

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Mandado de segurança. Ato atribuído ao diretor-geral da Secretaria do Tribunal Superior do Trabalho. Pedido de desconstituição de consignação facultativa em folha de pagamento referente a dívida contraída pelo impetrante com instituição bancária privada. Relação jurídica entre o servidor público e a Administração que o remunera. Área de especialização afeta à competência da Primeira Seção. Conflito conhecido e provido para declarar competente a Primeira Seção, a suscitada.

I. Cingindo-se o deslinde da controvérsia de origem à definição da legitimidade do prosseguimento de consignação em folha de pagamento, no percentual e forma com que fora deferida em favor de instituição bancária privada, de quem o servidor público tomara empréstimo. Evidencia-se o estabelecimento da relação jurídica central da demanda entre o servidor público e a Administração Pública que o remunera.

II. Tratando a lide subjacente de questão ínsita à possibilidade e aos limites da Administração Pública para que proceda a descontos nos valores com que remunera seus servidores de quantias direcionadas ao adimplemento de obrigações contraídas por estes com terceiros, insere-se a matéria na temática 'servidores públicos', sendo competente para processá-la e julgá-la a Primeira Seção do Tribunal, nos termos do art. 8º, § 1º, I, do Regimento Interno desta Corte, tal como demonstram precedentes da Primeira Turma em causas relativas à 'margem consignável' de descontos em contracheque de servidor público.

III. Como bem destacado pela desembargadora federal suscitante "a legislação que rege a questão é a própria Lei 8.112/1990, especificamente, seu art. 45, que trata dos descontos em folha de pagamento de servidores públicos federais, sendo certo que o ATO.SEPE.S.GDGCA.GP.TST 220/1999 (revogado pelo ATO.ASLP.SEGPES.GDGSET.GP 363/2009 vide fls. 125/135) é mera norma regulamentadora do art. 45 do Estatuto dos Servidores." (trecho da decisão monocrática às fls. 169-172. Des. Federal Ângela Catão).

IV. Conflito conhecido e provido para se declarar competente para o processamento e julgamento da Apelação Cível 2008.34.00.020947-8/DF a Primeira Seção desta Corte, ora suscitada.

Numeração única: 0020860-61.2008.4.01.3400

Conflito de Competência 2008.34.00.020947-8/DF

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado – Corte Especial

Publicação: e-DJF1 de 27/01/2016, p. 5

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Ação previdenciária. Súmula 689 do STF. Restabelecimento de benefício. Danos morais e materiais. Questão secundária. Jurisdição federal delegada. Competência absoluta do juízo com sede no domicílio da parte-autora. Conflito conhecido.

I. Conflito suscitado entre juízo de direito estadual e juízo de subseção judiciária.

II. Nas ações de natureza previdenciária pode o segurado ou beneficiário optar entre propô-la perante a Justiça estadual de seu domicílio, a subseção judiciária da Justiça Federal com jurisdição sobre o município de seu domicílio ou, ainda, junto às varas federais da Capital, sendo que, distribuído o feito, ocorre a perpetuação da jurisdição, a menos que a comarca de domicílio do autor passe a ser sede de vara federal, nos termos explicitados no § 3º do art. 109 da Constituição Federal, cujo escopo consiste na facilitação do acesso à Justiça. Jurisprudência cristalizada na Súmula 689 do STF.

III. No caso, a parte-autora optou por ajuizar a ação judicial visando o restabelecimento de benefício previdenciário perante a Justiça estadual localizada no foro de seu domicílio, que não possui vara federal instalada.

IV. Considerando que o pedido de danos morais é decorrente do pedido principal e a ele está diretamente relacionado, o juízo comum estadual tem sua competência estabelecida pela expressa delegação estabelecida no art. 109, § 3º, da Constituição Federal. Precedente do STJ.

V. O Superior Tribunal de Justiça, na ocasião em que este incidente processual lhe foi submetido à apreciação, assentou que a questão discutida nos autos envolveria jurisdição federal delegada e remeteu os autos para este Regional.

VI. Situação na qual se configura a hipótese de competência absoluta do juízo com sede no domicílio do autor em relação aos demais da mesma unidade federativa, com exceção da Subseção Judiciária da Capital, podendo ser declinada de ofício.

VII. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Comarca de Axixá do Tocantins/TO, suscitado.

Conflito de Competência 0043674-38.2015.4.01.0000/TO

Relator: Juiz Federal Francisco Neves da Cunha (convocado) – 1ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 27/01/2016, p. 40

Processual Penal. Revisão criminal. Código de Processo Penal. Hipóteses taxativas. Mudança de orientação jurisprudencial. Motivo insubsistente. Violação a lei. Inexistência. Impossibilidade de revisão.

I. A revisão criminal, meio pelo qual o condenado busca reparar erro judiciário, desfazendo alguns ou todos os efeitos da sentença, somente é cabível nas hipóteses previstas nos incisos do art. 621 do Código de Processo Penal, cujo rol cuida de enumeração exaustiva.

II. A decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 104530/RS, onde restou reconhecida a incidência do princípio da insignificância na exploração clandestina de rádio comunitária de baixa potência, mesmo que sem autorização do Poder Público, não se confunde com o que a lei denomina ‘novas provas’, até porque não tem força vinculante, haja vista que tomada num caso concreto, por um de seus órgãos fracionários, tendo se dado por empate.

III. Estando a sentença condenatória devidamente fundamentada e em conformidade com os requisitos legais, não se pode afirmar que seja contrária à evidência dos autos ou de texto da lei, mormente se a insurgência do requerente da revisão vem desacompanhada de qualquer prova que possa corroborar com suas alegações, a ponto de afastar as evidências verificadas pelo juiz sentenciante.

IV. Improcedência da revisão criminal.

Revisão Criminal 0025581-66.2011.4.01.0000/BA

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes – 2ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 27/01/2016, p. 68

Previdenciário. Aposentadoria por tempo de contribuição. Professor. Efetivo exercício em função de magistério na educação infantil ou no ensino fundamental e médio. Inexigibilidade de comprovação de habilitação específica. Benefício concedido. Consectários. Despesas processuais.

I. De acordo com o art. 201, § 8º, da CR/1988, na redação dada pela EC 20/1998, o professor vinculado ao Regime Geral da Previdência Social que comprovar exclusivamente tempo de efetivo exercício em função de magistério na educação infantil ou no ensino fundamental e médio fará jus à aposentadoria integral aos 30 (tinta) anos de contribuição se homem e aos 25 (vinte e cinco) se mulher, sem exigência de idade mínima.

II. A comprovação de habilitação específica para concessão da aposentadoria especial ao professor não está prevista na CR/1988 (art. 201, § 8º) nem na Lei 8.213/1991 (art. 56), não sendo admissível que o requisito seja estabelecido por norma hierarquicamente inferior, sob pena de violação ao princípio da legalidade. Precedentes.

III. No período controvertido, a atividade de magistério era regulamentada pela Lei 5.692, de 11/08/1971, que, nos moldes de seu art. 77 — somente revogado pela Lei 9.394, de 20/12/1996 —, permitia a contratação de professores em caráter precário (leigo), caso a oferta de professores legalmente habilitados não fosse suficiente para atender às necessidades do ensino.

IV. Os documentos apresentados por ocasião do requerimento administrativo foram suficientes para comprovar que a segurada exerceu a função de magistério por mais de 25 (vinte e cinco) anos, fazendo jus à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição integral.

V. A correção monetária e os juros de mora incidentes sobre as parcelas em atraso, observada a prescrição quinquenal (parágrafo único do art. 103 da Lei 8.213/1991), deve ser feita com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

VI. Honorários de advogado devidos pelo INSS, fixados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até o momento da prolação da sentença, de acordo com a Súmula 111 do STJ e art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

VII. Nas causas ajuizadas perante a Justiça estadual, no exercício da jurisdição federal (§3º do art. 109 da CF/1988), o INSS está isento das custas somente quando lei estadual específica prevê a isenção, o que ocorre no Estado de Minas Gerais (Lei 14.939/2003).

VIII. Presentes os requisitos do art. 273 do CPC, é devida a antecipação de tutela apenas para a imediata implantação do benefício deferido (obrigação de fazer), diante do direito reconhecido e do seu caráter alimentar (do benefício previdenciário).

IX. Recurso de apelação do INSS não provido. Remessa necessária provida em parte (item 5).

Numeração única: 0016846-97.2008.4.01.9199

Apelação/Reexame Necessário 2008.01.99.017176-8/MG

Relator: Juiz Federal Rodrigo Rigamonte Fonseca – 1ª Câmara Regional Previdenciária de Minas Gerais

Publicação: e-DJF1 de 11/02/2016, p. 836

Constitucional. Previdenciário. Direitos humanos. Processual Civil. Aposentadoria por idade. Adicional de 25%. Segurado com deficiência proveniente de fato superveniente. Acidente vascular cerebral com sequelas graves. Hemiplegia à esquerda e plegia do membro inferior direito. Utilização permanente de cadeira de rodas por parte do segurado. Art. 45 da Lei 8.213/1991. Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio – “Onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito”. Arts. 5.1 e 28.2.b da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto Presidencial 6.949/2009. Convenção internacional com equivalência de emenda à Constituição. CF/1988, art. 5º, § 3º. Benefício não programado. Não incidência da prévia fonte de custeio. Precedentes da TNU e do TRF 4ª Região. Extensão do adicional de 25% às outras modalidades de aposentadoria. Revisão do benefício. Recálculo da RMI. Medida Provisória 1.523/1997, convertida na Lei 9.528/1997. Aplicação ex officio da decadência decenal. Art. 103 da Lei 8.213/1991. Precedentes do STF e do STJ. Remessa oficial parcialmente provida. Extinção do feito com resolução do mérito quanto ao pedido de revisão da aposentadoria. Apelação da parte-autora prejudicada. Apelação do INSS não provida.

I. Cuida-se de remessa oficial e de recursos de apelação interpostos por Gonçalves Ferreira de Carvalho e pelo INSS contra sentença que julgou procedente o pedido de pagamento ao autor do adicional de 25%, previsto no art. 45 da Lei 8.213/1991, desde a citação e julgou improcedente o pedido de revisão da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por idade, sob o fundamento da ilegalidade da não aplicação do índice de fevereiro de 1994, o IRSM de 1,3967, bem com atualização e reflexos nos 13º salários pagos.

II. Assiste razão à parte-autora quando postula o adicional de 25% sobre a renda atual do seu benefício de aposentadoria por idade, tendo em vista que foi acometido de Acidente Vascular Cerebral – AVC e tem sequelas graves, tais como “hemiplegia à esquerda e plegia do membro inferior direito”, conforme laudo pericial produzido nos autos, circunstância que determinou a utilização de cadeiras de rodas de forma permanente, o que o torna totalmente dependente de terceiros para as atividades cotidianas.

III. O argumento do INSS que o adicional de 25%, nos termos do art. 45 da Lei 8.213/1991, está previsto apenas para a aposentadoria por invalidez não pode prevalecer diante do critério hermenêutico-integrativo referente ao *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* (“onde prevalece a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito”). Com efeito, não se afigura plausível reconhecer tal direito apenas nas hipóteses de aposentadoria por invalidez, tendo em vista, em primeiro lugar, que a carência de tal benefício previdenciário é bem menor do que as outras modalidades de aposentadoria, como sucede com a aposentaria por idade urbana. Vale dizer, o equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência está sendo atendido pela elementar circunstância de que o segurado contribuiu,

de forma mais rigorosa, com os cofres do RGPS. Por se tratar de um benefício não programado — o adicional de 25% —, mesmo porque causado por um infortúnio cuja característica da imprevisibilidade lhe é inerente, não se lhe aplica o princípio constitucional da prévia fonte de custeio.

IV. De mais a mais, outro fundamento autônomo também conduz à plena procedência do pedido nesta parte, qual seja, a aplicabilidade, no caso concreto, dos enunciados fundamentais da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto Presidencial 6.949/2009, sendo a primeira convenção sobre direitos humanos com equivalência de emenda à Constituição, tendo em vista que foi aprovada, na fase legislativa dos tratados internacionais, com o quórum qualificado a que se refere o art. 5º, § 3º, da CF/1988. Em seu art. 5.1, o Diploma Internacional estabelece que “Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei”. Por sua vez, o art. 28.2.e estabelece que os “Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como: Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria”. Precedentes da TNU e do TRF 4ª Região.

V. Ora, se a norma convencional, que ostenta *status* de norma constitucional, está acima dos comandos infraconstitucionais da Lei 8.213/1991, não se cuida, na espécie, de controle de constitucionalidade em sentido estrito do art. 45 da Lei 8.213/1991 ou muito menos da chamada “sentença aditiva” da doutrina constitucional italiana, diante da elementar circunstância de que está sendo confrontada com uma convenção internacional com equivalência de emenda à Constituição e não com a própria Constituição Federal. Ademais, com base nos arts. 5.1 e 28.2 e da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que é mais abrangente sob o pálio da isonomia, a interpretação do art. 45 da Lei 8.213/1991 está sendo conjugada com os dispositivos convencionais fundamentais que lhe são hierarquicamente superiores.

VI. “O STJ, em sede de recursos repetitivos do art. 543-C do CPC (REsp 1.309.529), e o STF, em repercussão geral do art. 543-B do CPC (RE 626.489), definiram o regime da decadência aplicável aos benefícios concedidos pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS, consagrando o entendimento de que o prazo decadencial decenal aplica-se tanto aos benefícios concedidos antes quanto aos deferidos depois da MP 1.523-9/1997, publicada em 28/06/1997”. (AC 00631620320104019199, Juiz Federal Rodrigo Rigamonte Fonseca, TRF1 – 1ª Câmara Regional Previdenciária de Minas Gerais, e-DJF1 de 18/09/2015, p. 5.413).

VII. No caso em apreço, o apelante teve aposentadoria por idade concedida em 25/10/1996, antes, portanto, da edição da referida medida provisória, e ajuizou a ação em 20/06/2008. Logo, é de se lhe aplicar o prazo decadencial a partir da vigência da Medida Provisória 1.523-9/1997 (1º/08/1997, art. 103 da Lei 8.213/1991), uma vez que se trata de benefício deferido em data anterior a ela. Nesta hipótese, considerando-se que o benefício previdenciário da parte-autora foi deferido antes da edição da MP 1.523-9/1997 e a ação foi ajuizada em 20/06/2008, é forçoso reconhecer que se operou a decadência.

VIII. Em consequência, julgo extinto o processo, com resolução do mérito (art. 269, IV, CPC) quanto ao pedido de revisão da RMI da aposentadoria por idade.

IX. Remessa oficial parcialmente provida. Apelação do INSS não provida. Apelação da parte-autora prejudicada.

Reexame Necessário 0070300-50.2012.4.01.9199/MG

Relator: Juiz Federal Márcio Barbosa Maia (convocado) – 1ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 14/01/2016, p. 1.446

Administrativo. Servidor público. Remoção. Acompanhamento do cônjuge. Art. 36, III, alínea a, da Lei 8.112/1990. Empregado público. Predominância do interesse da União. Exercício provisório. Princípio da proteção à família. Art. 226 da Constituição. Sentença parcialmente reformada.

I. A remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, com ou sem mudança de sede, podendo ser, nos termos do art. 36 da Lei 8.112/1990, no interesse exclusivo da Administração (inciso I), a pedido, quando o interesse predominante é do servidor, a critério da Administração, quando esta não tem interesse, mas também a ela não se opõe (inciso II), ou independentemente do interesse da Administração (inciso III), quando a despeito do seu interesse a remoção ocorrerá, conforme hipóteses declinadas nesse inciso.

II. Quando a lei estabelece a remoção no interesse da Administração (item I) e a remoção no interesse do servidor (item II), aqui segundo o critério da Administração, quer-se exatamente distinguir a preponderância do interesse, quando é da Administração e quando é do servidor, porque em todo caso há interesse da Administração, maior ou menor, segundo sua conveniência.

III. A proteção à família, prevista no art. 226 da Constituição, autoriza a remoção de servidor naqueles casos estabelecidos em lei, que pressupõem a alteração da situação familiar em prol dos interesses da Administração.

IV. A modalidade de remoção em questão é a disposta na alínea *a* do inciso III do art. 36 da Lei 8.112/1990, que prevê a possibilidade de remoção do servidor, a pedido, independentemente do interesse da Administração, para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, que foi deslocado no interesse da Administração.

V. O STF vem decidindo no sentido de que tem direito à remoção o servidor público cujo cônjuge seja empregado público e tenha sido removido por interesse da Administração. Precedentes.

VI. No caso dos autos, a impetrante é servidora pública federal e seu cônjuge é empregado do Banco do Brasil.

VII. De modo a se evitar interferências indevidas no pessoal da União, é possível o deslocamento do servidor para acompanhar cônjuge que seja empregado público, devendo esse deslocamento, contudo, ocorrer apenas a título de lotação provisória e em local compatível com o cargo do servidor, nos termos do § 2º do art. 84 da Lei 8.112/1990, e não a título de remoção, que seria definitiva.

VIII. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

Apelação/Reexame Necessário 0007812-07.2014.4.01.3600/MT

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira – 1ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 02/02/2016, p. 216

Constitucional. Administrativo. Associação. Representação específica. RE 573.232/STF. Servidor público. Leis 10.697/2003 e 10.698/2003. Vantagem pecuniária individual. Afronta ao princípio da isonomia revisional. Concessão camuflada de aumentos salariais com índices distintos. Reajuste de 13,23%. Possibilidade. Revisão geral de remuneração (art. 37, X, da Constituição Federal). Corte Especial. Declaração de parcial inconstitucionalidade material do art. 1º da Lei 10.698/2003.

I. Nos termos da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida (RE 573.232/STF), a entidade associativa, por força do disposto no art. 5º, XXI, da Constituição Federal de 1988, atua em juízo na qualidade de representante específico, sendo exigível já na peça de ingresso a autorização expressa — e isso pode decorrer de uma deliberação em assembleia — e a lista nominal dos filiados, providência esta diversa daquela dispensada à substituição processual da entidade sindical. Preliminar rejeitada.

II. Aplica-se a prescrição quinquenal prevista na Súmula 85 do STJ, de modo que se encontram prescritas apenas as parcelas vencidas no lustro que antecedeu ao ajuizamento da ação.

III. A Corte Especial deste Tribunal, na Arguição de Inconstitucionalidade 0004423-13.2007.401.4100, declarou, por maioria, a parcial inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 10.698/2003, ali consignando que a criação da Vantagem Pessoal Inominada importou em verdadeira afronta à diretriz constitucional disposta no art. 37, X, da Carta Magna, segundo a qual a concessão da revisão geral de vencimentos para os servidores deve ser realizada sempre na mesma data e sem distinção de índices. Ressalva de entendimento contrário deste relator.

IV. Por força da dicção do art. 359, *caput*, do Regimento Interno desta Corte, afigura-se como medida de rigor o reconhecimento da natureza revisional da VPI instituída pela Lei 10.698/2003 que, inadvertidamente, importou em camuflado aumento para os servidores públicos federais com percentuais diversificados, privilegiando aqueles que possuíam menor remuneração com um aumento de 13,23%, o que, não por coincidência, refletiu o índice de inflação de 2002 (INPC).

V. O presidente da República não possui competência para propor ao Congresso Nacional a concessão de uma simples “vantagem pecuniária” destinada a todos os servidores públicos federais, independentemente do Poder a que eles se vinculam. A única forma que o presidente da República dispõe para concessão de revisão salarial aos

servidores dos três Poderes é por meio de revisão anual da remuneração dos servidores públicos em geral voltado à concretização da garantia prevista no art. 37, X, da CF, enquanto que os aumentos específicos e exclusivos de cada categoria somente podem ser concedidos por projeto de lei de iniciativa dos próprios chefes dos Poderes a que se vinculam os respectivos servidores.

VI. Em observância ao princípio constitucional insculpido no art. 37, X, da CF/1988, que veda a distinção de índices na revisão geral anual, impõe-se a extensão do maior índice de recomposição salarial concedido no ano de 2003 obtido a partir da conjugação das disposições normativas insertas nas Leis 10.697/2003 e 10.698/2003, a todos os servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e das autarquias e fundações públicas federais, compensando-se com os índices já aplicados por força dos referidos diplomas legais e limitado à eventual reestruturação da carreira que absorva o referido percentual.

VII. A extensão aos demais servidores não ofende a Súmula 339 e a Súmula Vinculante 37 do STF, eis que não é realizada com base na isonomia (art. 5º, *caput*, da Constituição da República de 1988), mas por aplicação expressa do dispositivo específico do art. 37, X, que determina que o reajuste geral dos servidores seja sempre na mesma data e sem distinção de índices.

VIII. Correção monetária e juros de mora, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

IX. Os honorários advocatícios devem ser fixados em cinco mil reais (R\$ 5.000,00), conforme entendimento unificado desta colenda 2ª Turma, a fim de se atender ao disposto no art. 20, § 4º, do CPC e, ainda, considerando que a matéria é eminentemente de direito, envolvendo lides repetidas, de menor complexidade.

X. Apelação da parte-autora provida.

Numeração única: 0008474-62.2009.4.01.3400

Apelação Cível 2009.34.00.008549-0/DF

Relator: Desembargador Federal João Luiz de Sousa – 2ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 21/01/2016, p. 954

Processual Penal. Habeas corpus. Operação darkode. Organização criminal transnacional. Crime de furto qualificado. Praticado por meio da internet. Fraude em contas bancárias. Prisão preventiva. CPP, art. 312. Materialidade delitiva, indícios suficientes de autoria. Garantia da ordem pública. Propensão delitiva. Periculosidade. Reiteração criminosa. Gravidade da conduta. Modus operandi. Ordem denegada.

I. A prisão preventiva somente pode ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade), indícios suficientes da autoria e quando presentes pelo menos um dos fundamentos que a autorizam: garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal.

II. Os Tribunais Superiores assentaram o entendimento de que a decretação da prisão cautelar, de modo a preencher a teleologia do art. 312 do Código de Processo Penal, há de estar devidamente fundamentada em elementos concretos, não sendo possíveis meras alusões à gravidade abstrata do delito à possibilidade de reiteração criminosa, sendo necessária a efetiva vinculação do paciente ao evento delituoso.

III. Após a vigência da Lei 12.403/2011, para a decretação da prisão preventiva, exige-se, além da presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, a não ocorrência dos elementos fixados no art. 313 dessa mesma codificação (condições de admissibilidade).

IV. Os indícios de materialidade e autoria delitiva restaram configurados a partir de informações do FBI, entregue pelo oficial de ligação creditado na Embaixada Americana em Brasília/DF à Polícia Federal brasileira, que foram recepcionados como notícia crime, e que, após as devidas apurações, evidenciou a habitual e reiterada atuação do paciente como *hacker*, a partir do IP utilizado para conexão do dia 03/10/2013, às 23:08 UTC-0, registrado no histórico do *login* do perfil do usuário 'br1x11', utilizado para fraudar contas bancárias.

V. Constam dos autos informações prestadas pela Caixa Econômica Federal no sentido de que uma conta bancária dessa instituição bancária foi utilizada como receptora de transferência de valores, que teria sido acessada pelo dispositivo computacional pertencente ao ora paciente, tendo sido apurado fraude em 4 contas de correntistas.

VI. Não restou demonstrada nenhuma ilicitude nas informações encaminhadas pelo FBI à Polícia Federal, nem tão pouco violação do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América (Decreto 3.810/2001), eis que não se tratou de assistência mútua por parte do Brasil ou dos Estados Unidos, mas de mera comunicação de informações acerca de membro de um fórum criminoso internacional de *hackers*, e que se acreditava estar localizado no Brasil.

VII. A prisão decretada para a garantia da ordem pública encontra-se devidamente motivada, encontrando fundamentos na necessidade de acautelar o meio social de reiteração delitiva, por isso que se trata de paciente com propensão à prática de crime de alta complexidade e técnica. A participação do paciente no fórum criminoso “Darkode” é indicativo de que, em liberdade, poderia retornar a senda criminosa de qualquer localidade, principalmente dada a natureza do delito que lhe é imputado (furto através da internet), onde basta ter acesso a um computador com conexão de internet.

VIII. *“O Darkode é um fórum transnacional de criminosos hierarquicamente organizados para o aperfeiçoamento e a disseminação entre seus membros da prática das mais diversas ilicitudes por meio da internet”.*

IX. A prisão decretada para garantia da ordem pública para acautelamento do meio social da reiteração da conduta criminosa configura motivo idôneo para decretação/manutenção de constrição cautelar, mormente quando há elementos indicativos de propensão criminosa do agente, consubstanciada na repetição de outro crime ou de igual natureza.

X. A gravidade concreta da ação criminosa, o *modus operandi* e a periculosidade do agente são fundamentos válidos para assegurar a ordem pública.

XI. É firme a orientação jurisprudencial no sentido de que as circunstâncias pessoais favoráveis, relativas à primariedade, residência fixa e/ou bons antecedentes, não têm relevância para, isoladamente, ensejar a concessão de liberdade provisória, mormente quando o ato atacado mostrar-se suficientemente fundamentado, com base em elementos concretos atinentes à materialidade delitiva, indícios suficientes de autoria, e na necessidade de ser preservada a ordem pública.

XII. Ordem de *habeas corpus* denegada.

Habeas Corpus 0047328-33.2015.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 29/01/2016, p. 2.670

Processual Penal. Habeas corpus preventivo. Execução penal. Ré no exterior. Apresentação espontânea. Pedido de salvo conduto. Impossibilidade. Legalidade do mandado de prisão. Apresentação da paciente ao juízo impetrado em caso de prisão no momento de reingresso ao País. Ordem concedida em parte.

I. Inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder no mandado de prisão expedido em desfavor da paciente, não tenho como sustar os seus efeitos para permitir sua apresentação espontânea à autoridade impetrada.

II. Não obstante, levando em consideração o seu receio de permanecer custodiada em estabelecimento prisional localizado em unidade da Federação diversa do Estado de Goiás, entendo que a determinação no sentido de que seja ela encaminhada ao Juízo Federal da 5ª Vara do Estado de Goiás, caso venha a ser presa no momento do seu reingresso ao Brasil, afasta o temor que possui de ficar custodiada em outro lugar da Federação.

III. Ordem concedida em parte.

Habeas Corpus 0064082-50.2015.4.01.0000/GO

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 11/02/2016, p. 624

Ação civil pública. Ensino. Pessoas portadoras de necessidades especiais. Adequação de escola de educação básica vinculada a universidade federal. Autonomia universitária. Ilegitimidade passiva da União para realizar mudanças na escola. Proteção integral e prioridade absoluta aos direitos da criança, adolescente e jovem. Preferência quanto a formulação e execução de políticas públicas e recebimento de recursos públicos. Dever do Poder Público de atender

adequadamente aos deficientes físicos e pessoas com mobilidade reduzida. Omissão estatal. Intervenção do Poder Judiciário. Garantia de direitos sociais garantidores da existência digna. Possibilidade. Escusa mediante invocação da cláusula de reserva do possível. Inadmissibilidade. Mínimo existencial. Julgamento extra petita. Adequação da condenação ao pedido. Princípio da congruência.

I. A Universidade Federal de Uberlândia é uma fundação pública de educação superior, integrante da Administração Federal indireta. Goza de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, conforme o art. 3º de seu Regimento Interno. Seu conselho diretor é o órgão consultivo e deliberativo em matéria administrativa, orçamentária, financeira, de recursos humanos e materiais.

II. A presente ação civil pública tem por objetivo a adoção de melhorias da Escola de Educação Básica da Universidade Federal de Uberlândia – Eseba a fim de possibilitar tratamento adequado aos portadores de necessidades especiais. Como a Eseba está vinculada à UFU, entidade com autonomia administrativa, financeira e patrimonial, com personalidade jurídica própria, não há legitimidade passiva da União para promover as mudanças pleiteadas pelo Ministério Público Federal. Não obstante, a União ostenta legitimidade quanto ao pedido relativo à autorização para a realização de concurso público. Agravo retido desprovido.

III. A Constituição Federal assegura proteção integral e prioridade absoluta aos direitos da criança, adolescente e jovem (art. 227). A assistência integral às crianças, adolescentes e jovens, a cargo do Estado, inclui a “criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação” (art. 227, II).

IV. O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, em seu art. 4º, que “é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”. A proteção prioritária à infância e à juventude inclui preferência quanto à formulação e execução de políticas públicas, bem como ao recebimento de recursos públicos.

V. A CF/1988 estabelece que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205). Dentre os princípios constitucionais da educação o constituinte originário incluiu a “garantia de padrão de qualidade” (art. 206, VII).

VI. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho (ECA, art. 53). É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (ECA, art. 54, III).

VII. Nos termos do parágrafo único do art. 60 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o Poder Público deve adotar, como alternativa preferencial, a ampliação do atendimento aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação na própria rede pública regular de ensino. O dispositivo legal está em harmonia com o art. 208, III, da Constituição Federal, que estabelece que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

VIII. Regulamentando o art. 208, III, da CF/1988 e observando as diretrizes traçadas no art. 24 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Decreto 7.611/2011 dispõe que “a educação especial deve garantir os serviços de apoio especializado voltado a eliminar as barreiras que possam obstruir o processo de escolarização de estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação” (art. 2º).

IX. Nos termos do § 2º do art. 5º do Decreto 7.611/2011, a ampliação da oferta de atendimento educacional especializado aos portadores de necessidades especiais deve se dar mediante as seguintes ações: I - aprimoramento do atendimento educacional especializado já ofertado; II - implantação de salas de recursos multifuncionais; III - formação continuada de professores, inclusive para o desenvolvimento da educação bilíngue para estudantes surdos ou com deficiência auditiva e do ensino do Braille para estudantes cegos ou com baixa visão; IV - formação

de gestores, educadores e demais profissionais da escola para a educação na perspectiva da educação inclusiva, particularmente na aprendizagem, na participação e na criação de vínculos interpessoais; V - adequação arquitetônica de prédios escolares para acessibilidade; VI - elaboração, produção e distribuição de recursos educacionais para a acessibilidade; e VII - estruturação de núcleos de acessibilidade nas instituições federais de educação superior.

X. Os arts. 227, § 2º, e 244 da Constituição Federal previram a edição de lei para regulamentar a construção e adaptação dos edifícios públicos, de forma a garantir o acesso às pessoas portadoras de deficiência. Seguindo o direcionamento ditado pelo constituinte, as Leis 7.853/1989, 10.048/2000 e 10.098/2000 estabelecem normas que asseguram a acessibilidade das pessoas com mobilidade reduzida.

XI. Comissão formada pela Universidade Federal de Uberlândia apresentou relatório técnico destacando deficiências da Eseba no tratamento de alunos com necessidades especiais, como insuficiência de profissionais com capacitação psicopedagógica, falta de fomento contínuo ao desenvolvimento das habilidades dos professores para lidar com alunos especiais, inadequada acessibilidade de alunos com deficiência física ou importantes comprometimentos motores às dependências da escola e às salas de aula (inexistência de rampas de acesso, inadequação de mobiliário, inadequada acústica do ambiente escolar), falta de sala de recursos multifuncionais e excesso de professores temporários (gerando rotatividade excessiva do quadro docente).

XII. Atendendo à solicitação do MPF, a Secretaria Municipal de Planejamento Urbano e Meio Ambiente de Uberlândia realizou vistoria e apresentou laudo informando problemas de acessibilidade no prédio da Eseba. Constatou-se ausência de vaga para deficientes no estacionamento, bem como de rampas de acesso ou passagem nas calçadas externas, sanitários e bebedouros fora dos padrões ABNT, rampas sem inclinação adequada e sem corrimãos, falta de comunicação tátil para cegos, etc.

XIII. Evidenciado o descumprimento da obrigação do Poder Público de tratar crianças e adolescentes com absoluta prioridade, com preferência na formulação e execução de políticas sociais públicas, bem como de se seu dever de assegurar atendimento especializado aos portadores de necessidades especiais, o que se verifica tanto no que se refere ao corpo profissional da Eseba quanto em relação às suas instalações físicas.

XIV. A omissão estatal em relação a deveres que asseguram direitos sociais vinculados à dignidade dos indivíduos autoriza a intervenção do Poder Judiciário de forma a viabilizar tais prestações. Sendo legítima a intervenção judicial, não se pode falar em violação ao princípio da separação dos Poderes (STF, ADPF 45; ARE 639337).

XV. Não é dado ao Poder Público invocar a cláusula da reserva do possível para se eximir de implementar prestações positivas garantidas em sede constitucional quando destinadas a assegurar aos cidadãos o seu "mínimo existencial", a sua dignidade existencial. *"A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana"* (ARE 639337 AgR, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, publ. DJe-177 15/09/2011).

XVI. A Administração Pública federal direta e indireta deve destinar, anualmente, dotação orçamentária para as adaptações, eliminações e supressões de barreiras arquitetônicas existentes nos edifícios de uso público de sua propriedade e naqueles que estejam sob sua administração ou uso (Lei 10.098/2000, art. 23).

XVII. A sentença, ao julgar procedente em parte o pedido, determinando à parte-ré o término das obras listadas às fls. 238-239, acabou por estabelecer obrigações que não encontram correspondência com os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal. *"O autor fixa os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial (CPC 128), cabendo ao juiz decidir de acordo com esse limite. É vedado ao magistrado proferir sentença acima (ultra), fora (extra) ou abaixo (citra ou infra) do pedido. Caso o faça, a sentença estará eivada de vício, corrigível por meio de recurso."* (Nery Júnior, Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 584).

XVIII. Agravo retido desprovido. Apelação e remessa oficial parcialmente providas para excluir da condenação a construção de depósito de materiais esportivos e a reforma dos telhados do anfiteatro e do refeitório.

Apelação/Reexame Necessário 0002094-41.2010.4.01.3803/MG

Relatora: Juíza Federal Maria Cecília de Marco Rocha (convocada) – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 20/01/2016, p. 648

Sistema Único de Saúde – SUS. Município de Marabá/PA. Atendimento neonatal. Deficiência. Ação Civil Pública do Ministério Público Federal para otimização desse serviço. Deferimento do pedido. Confirmação da sentença.

I. Trata-se de ação civil pública intentada pelo Ministério Público Federal em face da União Federal, do Estado do Pará e do Município de Marabá, com as seguintes finalidades: a) “a União, o Estado do Pará e o Município de Marabá, conjunta ou separadamente, adotem as providências que entender cabíveis a fim de resguardar o eficiente atendimento médico dos neonatais, mediante a implantação de leitos de UTI neonatal no Hospital Municipal de Marabá, para atender a todos os recém-nascidos que deles necessitem, através de aquisição de equipamentos para tanto, além da aquisição de ambulância neonatal e contratação de profissionais especializados (neonatologistas), tudo no prazo de 30 (trinta) dias”; b) “a imediata determinação para que os profissionais da área de saúde (médicos, enfermeiros, auxiliares...) permaneçam no recinto do Hospital Municipal de Marabá durante todo o horário de trabalho previsto em escala/plantão, extinguindo o sistema de sobreaviso”.

II. Na sentença, foi deferido parcialmente o pedido “para determinar ao Município de Marabá, exclusivamente, que proceda à implantação de, no mínimo, seis leitos de UTI neonatal; promova a extinção do regime de sobreaviso no período noturno e estabeleça o regime de plantão, com a permanência do médico; e contrate quadro técnico necessário à implementação do serviço, no quantitativo indicado na Portaria GM/MS 1091/1999”. Determinado “o prazo de 120 dias para cumprimento da decisão, a contar da publicação da sentença, a partir do que” incidiria “multa diária de R\$ 2.000,00”. Condenado “apenas o Município de Marabá ao pagamento de honorários advocatícios, fixados no valor de R\$ 2.000,00, isento de custas”.

III. Não há nulidade no fato de o município ter sido intimado em desacordo com a prerrogativa de intimação pessoal, uma vez que tomou efetivo conhecimento da sentença, tanto que dela apelou. Aplica-se ao caso o princípio da instrumentalidade das formas processuais.

IV. Quanto ao alegado atendimento, pelo município, das determinações contidas na sentença, ainda que confirmado, não significa perda de objeto da ação, mas, de certa forma, reconhecimento jurídico do pedido.

V. Negado provimento à apelação e à remessa oficial, esta tida por interposta.

Numeração única: 0001252-34.2005.4.01.3901

Apelação cível 2005.39.01.001267-7/PA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 20/01/2016, p. 647

Serviço público de telefonia fixa. Direitos coletivos. Ação civil pública. Adequação. Legitimidade e interesse do MPF para a causa. Legitimidade passiva da Anatel e ilegitimidade da União. Pretensão de auditoria periódica nas empresas. Possibilidade jurídica do pedido. Ausência, entretanto, de ameaça concreta de lesão a justificar a providência. Princípio de modicidade das tarifas. Suposta violação. Ausência de norma limitadora. Peculiaridade de cada empresa. Regime de competição. Método de medição. Base contratual detalhamento das chamadas. Direito do usuário. Obrigatoriedade em norma da Anatel, posterior ao ajuizamento. Reintegração da Anatel ao processo. Apelação e remessa oficial. Desprovimento.

I. Trata-se de ação civil pública intentada pelo Ministério Público Federal em face da União, da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, da Telegoiás – Brasil Telecom S/A e de Global Village Telecom Ltda., pretendendo-se: “[...] b) seja declarada a inconstitucionalidade da tarifa denominada assinatura básica, condenando-se as empresas Telegoiás Brasil Telecom e Global Village Telecom – GVT na devolução dos valores percebidos a este título, impedindo-as de efetuar novas cobranças da exação apontada, sob essa denominação ou outra que identifique a mera disponibilidade do serviço ao usuário, mediante execução específica dos consumidores lesados; c) seja a Telegoiás Brasil Telecom condenada à devolução dos valores recebidos a título de mudança de endereço, em valores superiores à tarifa cobrada pela habilitação e, no caso da GVT, à devolução da diferença apurada entre o que era cobrado a título de habilitação e mudança de endereço (R\$ 50,00) e a tarifa paradigma cobrada para habilitação pela Telegoiás (valor menor ou igual a R\$ 23,42), mediante execução específica dos consumidores lesados; d) seja a Telegoiás Brasil Telecom condenada na devolução dos valores recebidos a maior pelo uso do Método Karisson

Acrescido – KA - 240 ou multimedição no cálculo das tarifas cobradas de seus usuários, mediante execução específica dos consumidores lesados; [...]”.

II. Na sentença, entendeu-se que, “em face do desmembramento do presente feito, que deu origem aos autos 2005.35.00.020947-2, referentes à assinatura básica residencial, a presente sentença se restringirá à análise e julgamento dos pedidos remanescentes”. Ao final: a) foram excluídas “do feito a União Federal e a Anatel”, extinguindo-se “o processo sem exame de mérito em relação aos referidos entes, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil”; b) foi julgado “parcialmente procedente o pedido”, extinguindo-se “o processo com exame de mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do CPC, para determinar que as rés Telegoiás - Brasil Telecom S/A e Global Village Telecom Ltda. façam constar dos documentos de cobrança (faturas) apresentados aos usuários dos serviços de telefonia fixa (modalidade local) dos municípios submetidos à jurisdição da Seção Judiciária de Goiás, a indicação do ramal chamado, dia, hora, minuto, tempo de duração da chamada, número de pulsos e o valor devido em relação a cada ligação local realizada”. Determinou-se fosse “dado cumprimento a esta parte do dispositivo da sentença no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a teor do que dispõe a Lei 7.347/1985”, sob pena de “multa diária no valor de R\$ 4.000,00 (quatro reais) (*sic*) por dia de atraso”.

III. Está dito, com propriedade, na sentença que “o objeto da ação civil pública é a proteção jurisdicional de interesses coletivos em sentido amplo, sem prejuízo do cabimento das demais formas de defesa coletiva legalmente previstas. A doutrina identifica o princípio constitucional da não taxatividade da ação civil pública, vindo este a significar que o campo de utilização desse meio processual é vasto, não se admitindo interpretação restritiva, seja legal ou judicial, de cabimento dele diante de interesses ou direitos coletivos em sua acepção lata”.

IV. Da mesma forma, a sentença bem responde à alegação de ilegitimidade do Ministério Público, quando se considera que, “da evolução histórico-legislativa das atribuições do Ministério Público, extrai-se que ele deixou de ser apenas o guardião das leis (*custus legis*), assumindo, principalmente após o advento da atual Constituição, o papel de guardião dos interesses da sociedade, destacando-se, com esse novo perfil, como principal legitimado para as ações coletivas”. Aduz que “a legislação protetora dos direitos coletivos avançou no sentido de também dar proteção aos direitos individuais, quando possível e necessário considerá-los homoganeamente. Nesse caso, os direitos individuais são, conforme designação dada pela doutrina, ‘acidentalmente coletivos’, para o fim de possibilitar a proteção coletiva deles”.

V. Está presente o interesse processual na medida em que o Ministério Público não se limita a pedir que o Poder Judiciário regule diretamente o setor de telefonia, mas, diferentemente de outras iniciativas suas, dirige o pedido também contra a agência reguladora, que estaria sendo omissa no exercício de sua competência.

VI. Pediu-se fosse “determinado à União e à Anatel que realizem (realizassem) auditorias semestrais na Telegoiás Brasil Telecom e na Global Village Telecom – GVT, a fim de verificar, mediante dados de amostragem e estatísticos, a fidedignidade das cobranças realizadas, notadamente daquelas em que houve reclamações dos usuários”. Esse pedido foi, na sentença, indeferido, à consideração de que “a realização de auditorias, com vistas a averiguar se a prestação de serviços de telefonia está atendendo aos interesses dos usuários, depende de exclusiva conveniência e oportunidade da Administração, constituindo verdadeiro poder discricionário do administrador a verificação dessa necessidade, não cabendo ao Poder Judiciário substituir-se a ele, sob pena de grave ofensa ao princípio da separação dos Poderes”. Tal pedido não era, em tese, impossível, diante do disposto no art. 59, XXXV, da Constituição.

VII. Cabe à Anatel, como *longa manus* da União, a regulação dos serviços de telefonia, o que afirma sua legitimidade para a causa, enquanto que a União não tem interesse direto e é, portanto, parte ilegítima para a ação. Junto com a legitimidade da Anatel vem a competência da Justiça Federal para a causa.

VIII. Conquanto juridicamente possível, em tese, a realização periódica de auditorias nas empresas de telefonia, no caso concreto, não houve a demonstração de séria ameaça de lesão a tais direitos e interesses, mas, apenas, a pressuposição (possibilidade e não, probabilidade) de que lesões poderiam acontecer.

IX. Os preços específicos dos serviços prestados, particularmente a título de habilitação e mudança de endereço, não podem ser examinados isoladamente, muito menos com base nos preços praticados por outra empresa do mesmo ramo, uma vez que, à míngua de regulação, podem atender a circunstâncias particulares de cada empresa ou estar sendo compensados por preços menores ou descontos em outras operações, como é próprio do regime de concorrência. Além disso, no caso específico, conforme ficou registrado na sentença, “não querendo o usuário arcar

com os custos da tarifa de mudança de endereço, pode, perfeitamente, optar pela habilitação de um novo terminal telefônico”.

X. Quanto ao método de medição — KA-240 (multimedição) —, conforme também registrado na sentença, além de estar previsto no contrato de concessão, permitia que o usuário optasse por fazer ligações fora dos horários de pico, com o que estaria fugindo de tarifas mais elevadas.

XI. No que diz respeito à discriminação das chamadas, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.074.799/MG, sob rito de recurso repetitivo, que: “a) a discriminação de todas as ligações locais, dentro ou fora da franquia, passou a ser exigida a partir de 1º de agosto de 2007; e b) o fornecimento da fatura detalhada é ônus da concessionária”. Contudo — acrescenta a jurisprudência do mesmo STJ — tendo sido proposta a ação “antes da entrada em vigor da Resolução Anatel 432/2006, que instituiu a mencionada obrigação, deve aquela reger-se de acordo com o ordenamento vigente à época do seu ajuizamento” (Cf. AgRg no AgRg no AgRg no Ag 1337077/PB, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, data do julgamento 16/06/2011, *DJe* 31/08/2011). De acordo, pois, com essa jurisprudência, não havia, à época da sentença, a obrigação “de oferecer detalhamento das ligações realizadas”, no entanto, tal obrigação veio a ser instituída a partir de 1º de agosto de 2007.

XII. Reintegrada ao processo a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel e, no mais, negado provimento às apelações e à remessa oficial, esta decorrente da legitimidade da Anatel para a causa.

Numeração única: 0015961-55.2001.4.01.3500

Apelação Cível 2001.35.00.015985-2/GO

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 26/01/2016, p. 1.134

Concurso público para professor indígena. Requisitos específicos contidos no respectivo edital. Não atendimento. Nomeação, mesmo assim, das ora apelantes para o cargo. Legitimidade daqueles requisitos. Princípio da isonomia. Invalidação da nomeação. Confirmação da sentença.

I. Trata-se de ação civil pública intentada pela Fundação Nacional do Índio – Funai, em face do Estado do Amapá, com a finalidade de “declaração judicial da nulidade do Decreto 0628 que nomeou as Sras. Diana do Nascimento Teixeira e Nadilce Castro Gabriel para o cargo de professor indígena dos quadros do Estado do Amapá, em face da ilegalidade e inconstitucionalidade do referido ato governamental”.

II. Na sentença, foi julgado “procedente o pedido formulado na petição inicial e, em consequência”, declarada “a invalidade do ato administrativo – Decreto 628, de 11 de março de 2008 (fls. 55-56) – que nomeou as rés para ocuparem o cargo de professoras indígenas, tendo em vista que as mesmas foram corretamente eliminadas do concurso público regido pelo Edital 001/2006 – SEAD”.

III. Não conhecimento da apelação de Diana do Nascimento dos Santos e Naldice Castro Gabriel, por intempestividade.

IV. Quanto ao mérito, bem expõe a Funai, nas contrarrazões de apelação, que “no item 2.3 do Edital 001/2006 – SEAD, é elencado como requisito para a investidura no cargo ‘ser indígena, pertencente a uma das etnias existentes no Estado do Amapá ou Norte do Pará, falante de língua materna de uma das comunidades dos referidos Estados, além de ser também falante da língua portuguesa, conforme documento oficial emitido pela Funai’ (fl. 34) e também ‘ser aprovado no concurso público e possuir, na data da posse, os requisitos exigidos para o exercício do cargo, conforme indicado no Anexo I deste Edital (fl. 35). Há também a advertência de que ‘a não comprovação de qualquer dos requisitos especificados nos itens anteriores impedirá a posse do candidato’ (fl. 35)”. Acrescenta-se que: a) “se fez “constar do Edital 001/2006-SEAD que ‘no ato de convocação, os candidatos apresentarão o original e duas cópias dos seguintes documentos’, estando entre esses documentos ‘certidão de nascimento indígena, emitido pela Funai’ (fl. 42)”; b) “no Anexo I do Edital 001/2006 – SEAD foram indicadas as seguintes etnias indígenas para as quais havia vaga de professor indígena a ser preenchida através do concurso público: Galibi do Oiapoque, Galibi Marworno, Apalai/Wayana, Tiryó/Kaxuyana, Palikur, Karipuna e Wajãpi”.

V. Nessas mesmas contrarrazões, está exaustivamente demonstrada a razoabilidade (correlação lógica) entre a discriminação estabelecida e a legítima finalidade que busca alcançar.

VI. Não fora isso, ainda assim não seria o caso de validar a nomeação das apelantes para o cargo de professor, mas de anulação do concurso, uma vez que, em razão das restrições impostas, outros candidatos, nas mesmas condições, poderão ter deixado de concorrer, o que significaria violação ao princípio da isonomia.

VII. Negado provimento à apelação e à remessa oficial, esta tida por interposta.

Numeração única: 0000487-02.2009.4.01.3100

Apelação Cível 2009.31.00.000487-9/AP

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 28/01/2016, p. 1.030

Rodovias que cortam o Estado do Maranhão. Ação civil pública do Ministério Público Federal para que sejam instalados dispositivos de pesagem de carga. Destinação específica de recursos e atividades, em detrimento da satisfação de outras necessidades. Justificativa para o recorte feito em relação a essas rodovias e trechos. Ausência. Deferimento do pedido, na sentença. Apelações. Provimento.

I. Trata-se de ação civil pública intentada pelo Ministério Público Federal em face da União e do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT com a finalidade de “determinar que as obrigadas sejam condenadas em obrigação de fazer (art. 461, CPC) a instalarem e operarem efetivamente, inclusive com o uso dos instrumentos de medição adequado, a fiscalização do excesso de peso nas rodovias federais sobreditas, condenando-os, ainda, aos ônus da sucumbência”. Pediu-se, ainda, “a cominação de multa diária para o caso de descumprimento da decisão liminar, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)”.

II. Na sentença, foi julgado “procedente o pedido e, assim, (condenada) a União e o DNIT, solidariamente, na obrigação de fazer consistente em instalar e operar balanças às margens das BR 222 e BR 230, nos trechos que perpassam o sul do Estado do Maranhão, mediante a elaboração e a execução de projeto compatível com a intensidade do tráfego em cada uma dessas rodovias, nos seguimentos considerados, com a efetiva fiscalização das cargas que por elas são transportadas”. Não foi cominada multa por desatendimento à condenação.

III. O pedido é para “determinar que as obrigadas sejam condenadas em obrigação de fazer (art. 461, CPC) a instalarem e operarem efetivamente, inclusive com o uso dos instrumentos de medição adequado, a fiscalização do excesso de peso nas rodovias federais sobreditas”. A tarefa de fiscalização é, essencialmente, da Polícia Rodoviária Federal, entidade da Administração direta da União.

IV. A pretensão do Ministério Público Federal é, em princípio, legítima. Deve-se verificar, entretanto, se é legítimo o recorte feito em relação às BRs 010, 222 e 230, que cortam o Estado do Maranhão. Para justificar esse recorte, o Ministério Público teria que demonstrar que essas rodovias se encontram em muito pior situação que as demais rodovias do País, ou que estejam sendo discriminadas injustificadamente na destinação de recursos ou medidas concretas para a instalação de mecanismos de fiscalização do peso das cargas transportadas.

V. Na opinião do Ministério Público Federal, Procuradoria Regional da República, “não há omissão do Poder Executivo. Está em curso o Plano Nacional de Pesagem, que pretende instalar 157 balanças de pesagem pelo país, e que, ainda em 2011, já teria executado a segunda fase do programa. Pressupõe-se que a Administração realizou estudo que constatou que os pontos onde foi determinada a instalação de postos de pesagem não são os mais adequados. Estamos, portanto, diante de uma opção administrativa, calcada em estudos, que não pode ser desconsiderada pelo Judiciário, ainda mais quando não há nos autos estudo que indique (que) a opção judicial é melhor do que aquela defendida pelo Executivo, hipótese em que seria legítima a intervenção do Judiciário”.

VI. Provimento às apelações e à remessa oficial.

Numeração única: 0001043-49.2006.4.01.3701

Apelação/Reexame Necessário 2006.37.01.001091-2/MA

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 28/01/2016, p. 1.008

Desmatamento levado a efeito pela Fundação Universidade do Amazonas em área de sua propriedade. Pretensão de construir centro de convivência no campus universitário. Reduzida extensão (0,754 ha; 0,11% da área total). Floresta

não sujeita a especial proteção. Ausência de prévia licença ambiental. Autorização do Ipaam no decorrer da operação de desmatamento. Desnecessidade de EIA/Rima. Suficiência daquele ato. Sentença condenatória em indenização por danos ambientais. Apelações. Provimento.

I. Trata-se de ação civil pública intentada pelo Ministério Público Federal, em face de Fundação Universidade do Amazonas, Hidembergue Ordozgoith Frota, José Sales de Lima, Construtora Ponctual Corporation Ltda. (CPC) e Instituto de Proteção Ambiental do Estado do Amazonas, com os seguintes pedidos: “I) a Declaração de nulidade da autorização de desmate 015/09-IPAAM, expedida posteriormente ao desmatamento, com a conseqüente não realização da obra do Centro de Convivência da UFAM, por se constituir em infraestrutura meramente comercial, que não guarda relação com os objetivos da Universidade, sendo o custo ambiental decorrente do desmatamento de 7.000 metros quadrados do fragmento florestal urbano muito superior ao benefício que possa ser gerado com a existência de uma praça, uma instituição financeira e várias salas comerciais no campos da Universidade; II) a Declaração de inexistência de licenciamento ambiental para a construção de um Centro de Convivência na Universidade Federal do Amazonas; e III) a Recuperação da Área Degradada, conforme Plano de Recuperação de Áreas Degradadas a ser apresentado em conjunto pelos requeridos, para aprovação do Ibama, assinado por profissional habilitado, com anotação de responsabilidade técnica (ART) e cronograma de execução, com prazos específicos para cada fase prevista; ou (alternativamente) Caso Vossa Excelência não concorde com os pedidos acima formulados, pugna-se pelo estabelecimento de medidas compensatórias aos danos ambientais produzidos, a serem estabelecidas pelo Ibama, por se tratar de área federal. E (cumulativamente) IV) em qualquer caso, requer-se a condenação dos requeridos Fundação Universidade do Amazonas, Hidembergue Ordozgoith Frota, José Sales de Lima, Construtora Ponctual Corporation (sic) Ltda. (representada por seu sócio-administrador Tércio Cavalcanti Machado) ao pagamento, de forma solidária, de multa no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a ser revertida ao fundo de que trata o art. 13 da Lei 7.347/1985, a título de ressarcimento pelos danos ambientais produzidos. V) requer-se também a condenação dos requeridos à indenização em razão do dano moral coletivo, ocorrido em decorrência de suas condutas, sendo o valor arbitrado por esse Juízo (art. 4º da LICC c/c art. 53 da Lei de Imprensa – n. 5250/1967), o qual será revertido para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (Lei 9.008/1995), de que trata o art. 13 da lei da Ação Civil Pública”.

II. Na sentença, foram julgados parcialmente procedentes os pedidos para: “1) declarar a nulidade da autorização de desmate 015/2009 – IPAAM; 2) extinguir o processo sem resolução do mérito em relação ao réu Neliton Marques da Silva, a teor do art. 267, V, do CPC; 3) condenar os demais Requeridos, solidariamente, à reparação dos danos causados ao meio ambiente, estabelecendo responsabilidades individuais para facilitar o cumprimento das obrigações, conforme fundamentação, nos seguintes termos: a) condeno a Fundação Universidade do Amazonas – FUA ao pagamento de indenização no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e os seus agentes Hidemberg Ordozgoith Frota e José Sales de Lima ao pagamento, cada um, de indenização no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais); b) condeno a Construtora Ponctual Corporation Ltda e seu sócio Tércio Cavalcanti Machado ao pagamento de indenização, solidariamente, no valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais); c) condeno o IPAAM ao pagamento de indenização no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e os agentes João Paulo V. de Oliveira e Aldenira Rodrigues Queiroz ao pagamento, cada um, do valor de R\$ 1.000,00 (mil reais). Tendo em vista a responsabilidade solidária, no caso de não cumprimento das cominações aqui estipuladas por qualquer dos Réus condenados, quaisquer dos demais poderão ser executados. Todos os valores mencionados nas alíneas ‘a’ a ‘d’ serão revertidos ao fundo de que trata o art. 13 da Lei 7.347/1985, a título de ressarcimento pelos danos ambientais produzidos e aferidos neste processo. Por fim, nos termos da fundamentação, condeno a Fundação Universidade do Amazonas a proceder às medidas compensatórias dos danos ambientais, a serem estabelecidas pelo Ibama, no prazo de 60 dias, por se tratar de área federal. Tendo o MPF decaído de parte do pedido, deixo de condenar em pagamento de custas e honorários. Confirmo parcialmente os efeitos da decisão liminar proferida às fls. 694/698, no sentido de autorizar a construção do Centro de Convivência, desde que cumprida a obrigação de obter os respectivos licenciamentos ambientais, mantidos os demais termos da decisão”.

III. O fato que motivou a ação civil pública consistiu na supressão de 0,6 ha. e na pretensão de suprimir mais 0,154 ha., total 0,754 ha., de mata localizada no Campus Universitário da Fundação Universidade Federal do Amazonas, com a finalidade de construção, ali, de um Centro de Convivência. Conforme alega uma das partes, “o Campus Universitário tem extensão de 624 (seiscentos e vinte e quatro) hectares de área verde, ou seja, 6.240.000 m2 (seis

milhões, duzentos e quarenta mil metros quadrados), dos quais somente foram desmatados, já no total necessário para a obra, cerca de 6.700 m² (seis mil e setecentos metros quadrados), ou menos de 0,11%”.

IV. A supressão daquela primeira parcela foi realizada sem qualquer autorização de órgão ambiental, vindo, no decorrer da operação (antes que fosse suprimida aquela segunda parcela), a Autorização de Desmate 015/09, expedida pelo Instituto de Proteção Ambiental do Estado do Amazonas – Ipaam.

V. Referida autorização ficou subordinada às seguintes condicionantes: “É vedada a disposição inadequada de resíduos de qualquer natureza, devendo os mesmos ser segregados, acondicionados e direcionados para o local apropriado. É expressamente proibida a queima de resíduos sólidos, conforme estabelecido no art. 1º, inciso II, alíneas ‘a’ e ‘b’ do Decreto Federal 2.661/1998. Como compensação ambiental pela vegetação suprimida e a ser suprimida, deverá o interessado doar 3.770 (três mil setecentos e setenta) mudas de espécies tropicais nativas ao Parque Estadual Samaúma, no prazo de 1 (um) ano, preferencialmente com espécies nativas, em igual proporção numérica, cita-se ingá (*Inga SSP*), bacuri (*Platonia insignis*), sorva (*Couma macrocarpa*), açaí (*Euterpe precatória*), bacaba (*Oenocarpus bacaba*), samaúma (*Ceiba pentandra*), patuá (*Oenocarpus bataua*), buriti (*Mauritia flexuosa*), ipê (*Tabebuia serratifolia*), pau rosa (*Aniba roseodora*) e acariquara (*Minuartia guianensis*). As mudas devem possuir bom estado fitossanitário, altura de no mínimo 50 cm e estar acondicionadas em sacos de polietileno preto, ou seja, aptas para época de plantio (inverno). Após entrega das mudas ao Parque Estadual Samaúma, deverá o interessado encaminhar ao Ipaam comprovante de doação. Apresentar ao Ipaam, em até 30 (trinta) dias, os comprovantes de destinação final dos resíduos oriundos da supressão vegetal. O descumprimento de quaisquer itens tornará sem efeito esta autorização, o que acarretará no embargo e demais sanções previstas nas legislações pertinentes ao Meio Ambiente”.

VI. Na sentença, considerou-se que a obra dependeria de *licença ambiental*, não valendo a *autorização* expedida pelo Ipaam, inclusive pelo fato de não ter sido prévia ao empreendimento. Mas a denominação do ato, se *autorização* ou *licença*, não tem real importância. A questão essencial é saber se o empreendimento é potencialmente causador de significativa degradação ao meio ambiente, de modo a depender de estudo de impacto ambiental, na forma do art. 225, IV, da Constituição Federal.

VII. Tendo em vista a pequena extensão da área desmatada e por desmatar e, ainda, o fato de não se tratar de floresta sujeita a especial proteção, não parece que o impacto seja significativo ao ponto de exigir EIA-RIMA, de modo que, em princípio, é bastante a autorização do Ipaam, nos termos em que foi expedida. Por outro lado, o fato de ter sido expedida quando já em curso o desmatamento é uma questão formal que não deve preponderar sobre o aspecto substancial.

VIII. Posta nesses termos a matéria, a posterior autorização expedida pelo Ipaam afasta a cogitação de dano ao meio ambiente, passível de indenização.

IX. Provimento às apelações.

Numeração única: 0001561-82.2009.4.01.3200

Apelação Cível 2009.32.00.001569-9/AM

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 28/01/2016, p. 1.031

Ação civil pública. Fraude no mercado de valores mobiliários. Ausência de prova. Não ocorrência de má-fé do Ministério Público. Apelação parcialmente provida.

I. O Ministério Público Federal ingressou com ação civil pública com os seguintes pedidos, no essencial: “[...] 3. Condenar os réus, solidariamente, em ressarcir os prejuízos causados ao direito difuso concernentes à preservação da confiabilidade no regular funcionamento do mercado de valores mobiliários pela população em geral, no montante de R\$ 8.880.000,00 (oito milhões, oitocentos e oitenta mil reais), devendo o montante da condenação se reverter ao Fundo de que trata a Lei 7.347/1985; 4. Condenar os réus, solidariamente, em ressarcir os prejuízos sofridos pelos investidores atuantes no mercado de valores mobiliários, especialmente aos adquirentes das ações preferenciais da companhia São José no período de 30 de janeiro a 30 de setembro de 1998, bem como os proprietários das ações preferenciais da companhia São José que não conseguiram alienar suas ações pelo preço de venda fixado pela requerida Encorpar no citado período; 5. Condenar os réus em publicar em dois jornais de grande circulação

nacional o inteiro teor da sentença condenatória. Além da sentença, a referida publicação deverá comunicar de forma clara que os acionistas prejudicados poderão ajuizar ação de execução (art. 94 do CDC) contra os réus em virtude da sentença publicada; [...]”.

II. Na sentença, foram julgados “improcedentes os pedidos e, por conseguinte, extinto o processo, com exame do mérito, em relação aos demais réus”. Deixou-se, “em relação aos demais autores, de condenar o Ministério Público em honorários *vis-à-vis* a inexistência de indícios de má-fé”. Entretanto, condenou-se “o MPF nas custas e despesas processuais em face do reconhecimento da má-fé processual em relação ao réu José de Alencar Gomes da Silva”.

III. Os fortes indícios, nas palavras do perito, de irregularidades não são suficientes para demonstrar a causalidade (atribuída a alguém, especificamente) dos alegados danos. Apropriada, aqui, a transcrição de parecer do então Procurador da Fazenda Nacional (hoje eminente Ministro do STJ) Ricardo Villas Bôas Cuevas, aplicável, *mutatis mutandi*, à esfera cível: “Ora, o princípio da causalidade é a pedra de toque de todo o direito punitivo, penal ou administrativo, posto que delimita a punição do injusto às situações em que se possa individualizar uma conduta (causa) e precisar um dano ou um perigo a um bem jurídico (resultado), afastando assim as noções pré-modernas de universalidade do injusto e de indeterminação de seus resultados, mais afeitas a certas concepções de ética que às ordens democráticas de direito contemporâneas. Nestas, a determinação da responsabilidade pessoal só pode ocorrer quando se comprovar uma relação de causalidade baseada na certeza e necessidade”.

IV. Se favorece os réus, a dúvida, no caso, também favorece o autor, ou seja, sem a demonstração concreta de “prevaricação” do Procurador da República, não é possível condenar o Ministério Público “nas penas decorrentes da litigância de má-fé, com fundamento no art. 17, inciso V, do Código de Processo Civil, bem como a pagar multa no importe de 1% (um por cento) do valor da causa, corrigido monetariamente, a partir da impetração, pelo IPCA da Fundação IBGE, bem como a indenizar o réu José de Alencar Gomes da Silva por todos os prejuízos sofridos, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou, na forma do art. 18, *caput*, c/c o seu § 2º, a serem liquidados por arbitramento”.

V. Apelação do Ministério Público Federal provida parcialmente.

Numeração única: 0036952-20.2004.4.01.3800

Apelação Cível 2004.38.00.037159-6/MG

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 26/01/2016, p. 1.140

Administrativo e Processual Civil. Mandado de segurança. Concurso público. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Candidatos impedidos de ingressarem no local do teste de capacidade física. Adequação do traje. Concessão de liminar. Garantida a participação no exame físico com êxito. Contratação dos interessados. Cumprimento integral da sentença. Fazenda Pública. Prerrogativas reconhecidas à ECT. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

I. O deferimento do pedido de liminar, posteriormente confirmado por sentença, garantiu aos candidatos a participação no exame de capacitação física, no qual foram aprovados, conforme noticiado pela própria ECT.

II. Ademais, a sentença que determinou a imediata contratação dos impetrantes foi integralmente cumprida, de modo que, no ponto, deve ser mantida em homenagem ao princípio da segurança jurídica e à continuidade do serviço público.

III. No que diz respeito às prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública, este Tribunal reiteradamente tem reconhecido à ECT o direito à imunidade tributária, direta ou indireta, à impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, no que concerne a foro, prazos e custas processuais, assim como, determinado que os pagamentos de seus débitos reconhecidos por sentença judicial sejam realizados por meio de precatório, na forma prevista no art. 100 da Constituição Federal. Precedentes.

IV. Na espécie, os demandantes litigaram sob o pálio da justiça gratuita, razão por que não há custas a serem restituídas.

V. Sentença reformada em parte.

VI. Apelação da ECT e remessa oficial parcialmente providas, apenas para isentar a ECT do pagamento de custas.

Apelação/Reexame Necessário 0032563-36.2011.4.01.3900/PA
 Relatora: Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (convocada) – 6ª Turma
 Publicação: *e-DJF1* de 02/02/2016, p. 561

Civil. Responsabilidade civil. Infraero e TAM. Exigência de autorização judicial e impedimento de embarque. Adolescente. Ato ilegal. Violação do art. 83 do ECA. Dano moral. Ocorrência. Situação excepcional. Valor da indenização adequado.

I. Não há que se falar em decisão *extra petita* se, ao pleitear indenização por danos morais, deixou a parte-autora ao arbítrio do magistrado sua fixação. Preliminar rejeitada.

II. Em regra os fatos não impugnados de maneira específica serão considerados verdadeiros e, apenas excepcionalmente, é que não se considerará tal veracidade, aplicando-se o disposto nos incisos do art. 302 do CPC (relativos a direitos indisponíveis, inexistência nos autos de documento público indispensável à substância do ato ou em contradição com a defesa). Sendo verossímeis os fatos alegados pela parte-autora, ainda que meramente indiciários, não há motivos para deixar de serem considerados verdadeiros.

III. O art. 83, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao exigir autorização judicial para a realização de viagens nacionais por crianças desacompanhadas de seus pais, deve ser interpretado de maneira restritiva, vez que implica em restrição na liberdade de locomoção. Assim, tal exigência não se aplica a adolescentes, caso da autora.

IV. Portanto, ilegal mostra-se a conduta da companhia aérea que exige autorização judicial ao adolescente que, apesar de desacompanhado de seus genitores, realizará viagem em território nacional.

V. Mostra-se ilegal, por conseguinte, antijurídica a conduta da Infraero, ao impedir o embarque de adolescente que pretende viajar dentro do território nacional, vez que desrespeita o estatuído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

VI. Danos morais corretamente fixados em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para cada corré, vez que a restrição de liberdade de locomoção é violação grave do direito da personalidade; aliado a tal fato, as circunstâncias do caso concreto demonstram maior sofrimento de parte da autora, dada a sua origem humilde e de restar impossibilitada de participar de lançamento de livro de sua autoria.

VII. Apelações das corrés às quais se nega provimento.

Numeração única: 0015394-55.2005.4.01.3800
 Apelação Cível 2005.38.00.015585-0/MG
 Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – 6ª Turma
 Publicação: *e-DJF1* de 11/02/2016, p. 1.379

Processual Civil, Constitucional e Administrativo. Direito à informação adequada, precisa e ostensiva quanto ao preço à vista de produtos em supermercados. Código de barras. Superveniência da Lei Federal 10.962/2004. Efeitos interpretativos. Retroatividade. Perda de objeto da ação civil pública. Sentença reformada.

I. Legitimidade nada mais é que a pertinência subjetiva para uma demanda. Assim, tendo em vista que entre os objetivos da entidade associativa demandada se encontra a promoção de esclarecimentos, para solução de problemas e aprimoramento de técnicas junto aos seus associados bem como, por um dos pedidos bem direcionado especificamente à corré, para que preste a eles informações acerca de métodos de precificação de produtos expostos à venda, a presente ação trata de tema a ela diretamente afeto, não havendo que se falar em ilegitimidade passiva *ad causam*.

II. O que se procura discutir nos presentes autos não é a matéria de fato, que seria objeto de dilação probatória, sobretudo pericial e testemunhal, mas a matéria de direito, ou seja, a obrigatoriedade de informar o preço por etiquetas individuais de cada um dos produtos colocados à venda em mercados, ainda que esteja disponível identificação mediante código de barras e leitor óptico à disposição dos consumidores ou que os preços e outras informações constem de placas afixadas nas gôndolas. Portanto, a realização de provas como alegado pelas corrés em suas apelações mostrar-se-ia, em verdade, desnecessária, não resultando prejuízo pela sua não realização.

III. A política nacional das relações de consumo instituída a partir da Constituição Federal elevou a defesa do consumidor à categoria dos direitos e deveres individuais e coletivos consagrados no art. 5º, XXXII, e também entre os princípios norteadores da ordem econômica, capitulados no art. 170, V. A efetivação da proteção ao consumidor constitui instrumento de atuação estatal para consecução dos fins constitucionalmente estipulados no art. 3º da Carta Constitucional.

IV. O Código de Defesa do Consumidor consagrou como direito básico a correta e adequada informação aos consumidores acerca dos produtos expostos à venda, bem assim, determinou ao fornecedor a apresentação de produtos mediante informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em Língua Portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição e preço, nos moldes dos arts. 6º, III, e 31.

V. Segundo entendimento recentemente esposado pelo c. STJ, “A Lei 10.962/2004 é meramente interpretativa, aplicando-se aos feitos pendentes, uma vez que, de fato, não criou um direito novo, mas inseriu no ordenamento jurídico positivo uma interpretação já possível anteriormente;” (AgRg no REsp 1.208.048/SP).

VI. Assim, resta reconhecer a improcedência da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e pela União, e, por consequência, a inexigibilidade de multas que tenham sido aplicadas em virtude do descumprimento da tutela antecipada concedida às fls. 274-278, já que de acordo com o entendimento do c. STJ as obrigações determinadas judicialmente àquela ocasião não poderiam ter sido exigidas.

VII. Apelações das rés às quais se dá provimento.

Numeração única: 0007091-77.2003.4.01.3200

Apelação Cível 2003.32.00.007093-0/AM

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – 6ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 11/02/2016, p. 1.341

Tributário, Constitucional e Processual Civil. Ação ordinária. Taxa de Serviços Administrativos – TSA. Lei 9.960/2000. Ausência de especificação do fato gerador. Inconstitucionalidade do art. 1º reconhecida pela Corte Especial do TRF1. Correção monetária e juros de mora pela taxa Selic. Não ocorrência. Honorários.

I. Nas ações ajuizadas após 09/06/2005, aplica-se a prescrição quinquenal (RE 566.621).

II. A prejudicial de decadência mandamental não merece prosperar, haja vista que a cobrança da taxa questionada se renova a cada mês, ou seja, cuida-se de prestações de trato sucessivo. Com efeito, esta Sétima Turma vem decidindo que por tratar-se, no caso, de “prestação de trato sucessivo”, renovando-se a lesão ao suposto direito invocado a cada recolhimento da contribuição, não há falar em decadência da impetração [...]” (AMS 2006.38.09.002631-1/MG, rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, DJ, p. 225, de 05/10/2007).

III. “O parágrafo único do art. 24 do Decreto-Lei 288/1967, que autoriza a Superintendência da Zona Franca de Manaus – Suframa a instituir taxas por meio de portaria, contraria o princípio da legalidade e, portanto, não foi recepcionado pela Constituição da República de 1988” (STF, RE 556854, Tribunal Pleno, rel. Min. Cármen Lúcia).

IV. “A Lei 9.960, de 28 de janeiro de 2000, que, dentre outras disposições, instituiu a Taxa de Serviços Administrativos – TSA, em favor da Superintendência da Zona Franca de Manaus – Suframa, definindo como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado pela Suframa ao contribuinte ou que lhe seja posto a disposição. É evidente que a aludida lei não atendeu aos requisitos necessários à criação de tributo, como bem determina a Constituição Federal, em seu art. 145, e, por consequência, violou o disposto no art. 150, estabelecendo este preceito que: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça” (TRF1, AC 0021756-49.2013.4.01.3200/AM, Sétima Turma, rel. Des. Federal Reynaldo Fonseca).

V. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

VI. Apelação da parte-autora parcialmente provida para fixar os honorários advocatícios em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Apelação/Reexame Necessário 0000991-86.2015.4.01.3200/AM

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado – 7ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 22/01/2016, p. 350

Processual Civil. Tributário. Embargos de terceiro. Alienação de imóvel em momento anterior à citação e antes da vigência da LC 118/2005. Fraude à execução não caracterizada. Honorários advocatícios. Redução. Art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC. Não cabimento. Sentença mantida.

I. O egrégio Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial submetido ao regime do art. 543-C do CPC (recursos repetitivos), entendeu que diante da redação dada pela LC 118/2005 ao art. 185 do CTN, para análise de eventual fraude à execução há que se observar a data da alienação do bem, estabelecendo que se a alienação foi efetivada antes da entrada em vigor da referida Lei Complementar (09/06/2005), presume-se fraude à execução o negócio jurídico feito após a citação válida do devedor; caso a alienação seja posterior a essa data, considera-se fraudulenta a alienação se efetuada pelo devedor fiscal, após a inscrição do crédito tributário em dívida ativa.

II. A execução fiscal, assim como a citação, ocorreu em momento posterior à transferência do bem do executado para o adquirente, o que, de acordo com a jurisprudência do egrégio STJ, não se caracteriza como fraude à execução fiscal.

III. Embora o registro do imóvel em cartório tenha ocorrido somente em 2008, constata-se que a parte embargante provou ser proprietária, desde 1994, conforme Contrato Particular de Cessão de Direitos, Transferência e Sub-rogação de Débito Hipotecário acostado aos autos, (processo 0003418-98.2012.4.01.3802/MG, apenso). Ademais, observa-se que a citação da empresa executada se deu em 08/10/2003, restando inequívoca a prova dos autos quanto à não ocorrência da fraude à execução fiscal.

IV. Ressalte-se que, segundo orientação jurisprudencial: *“O possuidor de boa-fé tem legitimidade para defender a posse do bem adquirido por contrato de compra e venda, independentemente de registro em cartório imobiliário. Tal posicionamento encontra respaldo no enunciado 84 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”*. (Precedente: AC 0020395-23.2005.4.01.9199/MG, Rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, 8ª Turma do TRF 1ª Região, e-DJF1 de 23/04/2010, p. 498.)

V. No que tange aos honorários de sucumbência, tenho firmado o entendimento de que tal verba tem característica complementar aos honorários contratuais, haja vista sua natureza remuneratória.

VI. Ademais, entendo que a responsabilidade do advogado não tem relação direta com o valor atribuído à causa, vez que o denodo na prestação dos serviços há de ser o mesmo para quaisquer casos.

VII. A fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais levada a efeito pelo juízo sentenciante guarda observância aos princípios da razoabilidade e da equidade, razão pela qual devem ser mantidos.

VIII. Apelação não provida. Sentença mantida.

Apelação Cível 0003418-98.2012.4.01.3802/MG

Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses – 7ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 29/01/2016, p. 3.033

Tributário. Embargos à execução fiscal. Cooperativa. Imposto de Renda. Incidência sobre movimentação financeira no ano de 1992. Ato cooperativo típico. Ocorrência. Sentença mantida.

I. Ato cooperativo é aquele que a cooperativa estabelece uma relação jurídica com os seus cooperados ou com outras cooperativas, sendo esse o conceito que se extrai da interpretação do art. 79 da Lei 5.764/1971, normativo que institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, sobre os quais incide a isenção; enquanto que os atos não cooperativos, que são aqueles praticados pela cooperativa ou por seus associados com terceiros, devem ser tributados normalmente, uma vez que os contratos firmados entre cooperativa e empresa (tomadora de serviços) caracterizam-se como atos prestados a terceiros, motivo pelo qual tais operações devem ser tributadas sem o benefício isencional pleiteado na causa.

II. O Superior Tribunal de Justiça, no regime do 543-C do CPC (recursos repetitivos), firmou entendimento sobre o conceito e extensão do ato cooperativo próprio, no sentido de que *“Ato cooperativo é aquele que a cooperativa realiza com os seus cooperados ou com outras cooperativas, sendo esse o conceito que se extrai da interpretação do art. 79 da Lei 5.764/1971, dispositivo que institui o regime jurídico das sociedades cooperativas. 2. Na hipótese dos autos, a contratação,*

pela Cooperativa, de serviços laboratoriais, hospitalares e de clínicas especializadas, atos objeto da controvérsia interpretativa, não se amoldam ao conceito de atos cooperativos, caracterizando-se como atos prestados a terceiros – 3. A questão sobre a incidência tributária nas relações jurídicas firmadas entre as Cooperativas e terceiros é tema já pacificado na jurisprudência desta Corte, sejam os terceiros na qualidade de contratantes de planos de saúde (pacientes), os sejam na qualidade de credenciados pela Cooperativa para prestarem serviços aos cooperados (laboratórios, hospitais e clínicas), deve haver a tributação do IRPJ e CSLL normalmente sobre tais atos negociais. 4. Consoante o julgado no recurso representativo da controvérsia REsp. 58.265/SP, “[...] as operações realizadas com terceiros não associados (ainda que, indiretamente, em busca da consecução do objeto social da cooperativa), consubstanciam ‘atos não cooperativos’, cujos resultados positivos devem integrar a base de cálculo do imposto de renda” (REsp. 58.265/SP, Primeira Seção, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/12/2009). Precedente: STJ – AgRg no Ag: 1221603 SP 2009/0148022-0, rel.: Min. Mauro Campbell Marques, data de julgamento: 06/06/2013, publicado no DJe 11/06/2013).

III. A Fazenda Nacional pleiteia o recebimento da importância de R\$ 120.415,68, concernente ao Imposto de Renda sobre o lucro obtido na movimentação financeira da embargante, relativo ao ano calendário de 1992.

IV. Instado a se manifestar sobre a movimentação financeira da cooperativa, no ano 1992, a perícia judicial não detectou nenhuma irregularidade que descaracterizasse o ato como sendo cooperado. Em outras palavras, no laudo pericial, o *expert* demonstrou que a receita operacional da apelada originou, exclusivamente, de atos cooperativos, ou seja: “realizados com os cooperados não havendo nenhum valor a título de operações com terceiros”, naquele ano.

V. A conclusão da perícia contábil foi no sentido de que: “Com base na documentação e informações expostas ao longo deste trabalho, foi constatado pelo signatário, no que se refere a cada um dos itens técnico-contábeis controversos nos autos, que a receita operacional da Embargante corresponde somente a “Atos Cooperativo”, isto é, realizados somente com seus associados ou com outras cooperativas, razão pela qual não foi contabilizado separadamente nenhum valor a título de operações com não associados.”

VI. Apelação e remessa oficial não providas. Sentença mantida.

Numeração única: 024878-57.2009.4.01.9199

Apelação/Reexame Necessário 2009.01.99.025898-4/MG

Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses – 7ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 29/01/2016, p. 2.987

Tributário e Processual Civil. Sistema de arrecadação Simples. Art. 9º, Lei 9.317/1996. Exclusão. Atividade econômica vedada (indústria de refrigerantes). Eficácia temporal. MP 2.189-49/2001. REsp 1124507 – Art. 543-C do CPC.

I. O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.124.507/MG, sob o rito do art. 543 do CPC, pacificou entendimento de que o ato de exclusão do Simples (Lei 9.317/1996) ostenta natureza “declaratória”, e como tal, retroage seus efeitos desde o mês subsequente à data da ocorrência da circunstância excludente, em fidelidade ao art. 15, II, da norma, que se entende de pleno conhecimento da empresa desde a adesão/vinculação ao sistema de arrecadação.

II. Os tratamentos fiscais favorecidos ou benéficos (parcelamentos, isenções, remissões ou regimes especiais simplificados de arrecadação) exigem leitura estrita (art. 108, IV, e § 2º, c/c art. 111/CTN, I e II) e a aceitação das respectivas regras que os regem, as quais são conhecidas dos que a eles se vinculam, no caso, a Lei 9.317/1996.

III. “Tratando-se pessoa jurídica que presta serviços de “industrialização de refrigerantes”, é vedada sua opção e permanência no Simples, nos exatos termos do Inciso XIX do art. 9º da Lei 9.317/1996, introduzido pela MP 2.189-49, de 23 ago 2001. 4 - Quanto à eficácia temporal da (legítima) “exclusão” (art. 15 da Lei 9.317/1996, c/c art. 24, VI, da IN SRF 250/2002), a ulterior verificação do não atendimento à regras do “Simples”, se já existentes no corpo da Lei 9.317/1996 desde a vinculação da empresa, legitima o desligamento desde a adesão.” (AC 0012448-40.2005.4.01.3500/GO, rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, rel. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (convocado), Sétima Turma, e-DJF1, p. 593, de 19/12/2008)

IV. Em obediência ao princípio da irretroatividade das leis, somente a partir do advento da MP 2.189-49/2001, com efeitos retroativos a um mês da edição da aludida MP, ocorre a hipótese legítima para a exclusão das “indústrias de refrigerantes”. Ou seja, a empresa aderiu ao Simples em 1997, e a inclusão do limitador inciso XIX ao art. 9º da Lei

9.317/1996 ocorreu em 23/08/2001 (edição da MP 2.189-49/2001), portanto, são convalidáveis os recolhimentos havidos da adesão até um mês após a publicação da MP 2.189-49/2001.

V. Custas e verba honorária mantidas nos termos da sentença. Honorários fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais) e custas pela parte-autora.

VI. Apelação não provida.

Numeração única: 0002319-30.2006.4.01.3503

Apelação Cível 2006.35.03.002319-0/GO

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão – 7ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 28/01/2016, p. 2.963

Processual Civil. Embargos à execução de sentença. União (FN). Imposto de Renda. Resgate de contribuições. Previdência complementar. Indicação do valor do excesso de execução e apresentação de memória de cálculo. Art. 739-A, § 5º, do CPC. Inaplicabilidade no caso concreto. Alegação de saldo zero a restituir. Ação coletiva. Uniformidade de tratamento das relações jurídicas individuais na fase executiva. Apelação provida.

I. A despeito de a jurisprudência do STJ admitir a aplicação do § 5º do art. 739-A do CPC em face da Fazenda Pública, tem-se que a tese da União (FN) para impugnação dos cálculos que têm origem no título judicial de que aqui se trata é de inexistência de saldo a ser restituído aos exequentes, em virtude de já terem eles se beneficiado anteriormente da não incidência do tributo.

II. Tratando-se de ação coletiva, deve ser assegurada, no procedimento executivo, a mesma uniformidade de tratamento das relações jurídicas individuais que fora observada durante a fase de conhecimento. Assim é que, embora os embargos à execução constituam ações autônomas, deve-se buscar uma unidade dos procedimentos executivos, de sorte a evitar que eventuais imprecisões nas postulações deduzidas nessas ações de impugnação possam acarretar injustificadas disparidades nas soluções das relações jurídicas individualmente consideradas, mas que são semelhantes.

III. Se a alegação da União (FN), considerada a impugnação da pretensão executiva em sua dimensão coletiva, é de que os exequentes, concretamente, não fazem jus a nenhum valor, a despeito do genérico reconhecimento do alegado direito no título, tem-se que o § 5º do art. 739-A do CPC não se aplica à espécie, uma vez que contempla apenas a hipótese em que os embargos se fundamentem em excesso de execução, com reconhecimento pelo devedor de parte do crédito, situação distinta da que ora se apresenta.

IV. Apesar de todas as vantagens das ações coletivas, as questões fáticas, até por se referirem a um número elevado de situações individuais, por vezes, acabam não sendo minimamente esclarecidas, sob a assertiva de que deverão ser provadas na fase de execução. Privar a embargante do acesso aos meios probatórios para demonstrar sua alegação, com a extinção prematura da ação de embargos, é cercear-lhe a defesa que, no particular, foi diferida para a etapa executiva.

V. Apelação provida.

Apelação Cível 0003919-89.2015.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado) – 8ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 12/02/2016, p. 1.965

Constitucional. Financeiro. Tributário. Ação de rito ordinário proposta por município em face da União. FPM. Repasse de cotas. Tributos federais. Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados. Percentual de 23,5% do produto da arrecadação. Dedução de incentivos fiscais unilateralmente concedidos. Impossibilidade. Apelação não provida.

I. A entidade política que recebe parcela do poder político de tributar, mediante normas constitucionais de competência, recebe competência de forma plena. Compreenda-se, detém a faculdade de instituir ou não instituir o tributo e, uma vez instituído, de legislar sobre sua funcionalidade, quantificando-o ou dispondo sobre medidas que possam implicar em redução ou exclusão do crédito tributário dele decorrente.

II. Além das competências tributárias próprias e que propiciam a estados (art. 155, CR/1988) e municípios (art. 156, CR/1988) auferirem receitas tributárias de impostos, estas entidades federativas também são destinatárias de receitas tributárias provenientes de tributos de competência alheia. Assim, também obtêm receitas através da transferência de recursos decorrentes da arrecadação de impostos estaduais e/ou federais. Estas receitas, obtidas pela participação em impostos de competência alheia, são disciplinadas pela Constituição em três regimes jurídicos distintos, os quais estabelecem receitas transferidas por participação direta (arts. 157, I e 158, I); receitas transferidas por participação no produto de impostos de receita partilhada (arts. 157, II, 158, II, III, IV e 159, II) e receitas transferidas por participação em fundos (art. 159, I, a, b, c, d).

III. O regime jurídico que propicia a transferência de receitas decorrentes da participação em fundos, no caso do art. 159 da CR/1988, diversamente do que estabelecem os arts. 157 e 158, parágrafo único, da mesma Constituição, não estabelece qualquer vinculação entre a arrecadação ocorrida e fatos geradores praticados com a participação de determinado estado ou município ou na respectiva base territorial, de forma que fosse possível admitir a existência de direito subjetivo ao repasse de determinada gama de recursos.

IV. O Fundo de Participação, seja dos estados, seja dos municípios, constitui-se de um universo de recursos compostos por parte da arrecadação do IR e do IPI, fundado em pura opção política, positivada em norma constitucional, de se constituir em mais uma fonte de recursos destinada a entidades sem o mesmo potencial arrecadatório da União. Assim, universo de recursos desprovido de qualquer referência causal com fatos ocorridos em território de determinados estados ou municípios, bem como de referência quantitativa em razão de determinada base de cálculo. Universo de recursos cuja formação decorre, assim como também depende, do produto da arrecadação dos dois impostos federais que o compõem, segundo a administração tributária da entidade política competente. Arrecadação esta que deve ser efetivamente verificada como condição para a formação do próprio fundo, tal como preceituado pelo próprio art. 159, I, da CR/1988. Norma constitucional coerente com o subsistema tributário em que inserida e por isto não poderia dispor de forma diversa, porquanto a prescrição sobre a hipótese de incidência dos impostos que participam da formação dos Fundos de Participação Municipal ou Estadual, com todos os seus elementos essenciais (fato, base, alíquota e sujeito passivo), inserem-se no âmbito de competência tributária exclusiva da entidade política tributante.

V. O FPM constitui-se de um universo de recursos provenientes de diversas fontes e naturalmente sujeito a variáveis diversas. Assim, pode sofrer redução em razão de aspectos econômicos, relacionados à variação na ocorrência de fatos tributáveis, provocada pela desaceleração da economia. Se menos se consome, menos se produz, menos se arrecada. E independentemente de qualquer interferência direta nos elementos da hipótese de incidência do IPI, em especial alíquota e base de cálculo, tem-se a possibilidade de reflexos negativos na arrecadação e, por conseguinte, na fração destinada ao FPM.

VI. Apelação não provida.

Apelação Cível 0053388-80.2010.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova

Relator p/ acórdão: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista (convocado) – 8ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 12/02/2016, p. 1.929

- ★ Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- ★ Editora Fórum Administrativo: *Revista Fórum Administrativo*;
- ★ Editora Forense: *Revista Forense*;
- ★ Editora LTR: *Revista de Previdência Social – RPS*;
- ★ Editora Revista dos Tribunais: *Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas*;
- ★ Editora Nota Dez: *Revista Jurídica e Revista Interesse Público*;
- ★ Editora Nacional de Direito – Livraria Editora: *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*;
- ★ Editora Plenum: *Revista Juris Plenum*;
- ★ Associação Paulista de Estudos Tributários: *Revista de Direito Tributário da APET*;
- ★ Editora IOB: *Revista de Estudo Tributário, Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal e Repertório de Jurisprudência IOB, IOB Direito Administrativo, Direito Público e CD Juris Síntese, Revista Síntese Administração de Pessoal e Previdência do Agente Público, Revista Síntese Responsabilidade Pública, Revista Síntese Licitações, Contratos e Convênios, Revista Síntese Direito Ambiental, Revista Síntese Direito Previdenciário, Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário.*

*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997.



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.

