

# Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região



v. 28 n. 3/4 março/abril 2016

---

ISSN 0103-703-X

R. TRF1	Brasília	v. 28	n. 3/4	p. 1/278	março/abril 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



**O direito de superfície na Alemanha e o seu caráter social, 13**

Leonardo Estevam de Assis Zanini

**Leitura jurisprudencial do direito à saúde, 25**

Carlos Tiago Silva Adaes

Lei 13.257, de 08/03/2016.

Lei 13.259, de 16/03/2016.

Lei 13.260, de 16/03/2016.

Lei 13.265, de 1º/04/2016.

Lei 13.269, de 13/04/2016.

Decreto 8.695, de 21/03/2016.

Medida Provisória 713, de 1º/03/2016.

Medida Provisória 719, de 29/03/2016.

**Corte Especial – Fies. Falhas no SisFIES. Ordem judicial. Inscrições realizadas pela internet, 49**

Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 0027704-95.2015.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

**Corte Especial – Requisição de intervenção em município. Competência do TJ/GO. Declínio da competência, 51**

Petição 0041599-26.2015.4.01.0000/MT

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

**Primeira Seção – Habilitação de sucessores. Duplicidade de ações. Ofensa à coisa julgada, 54**

Numeração única: 0015582-94.2008.4.01.0000

Ação Rescisória 2008.01.00.015670-0/MG

Relator: Desembargador Federal Carlos Augusto Pires Brandão

**Primeira Seção – Execução provisória de título judicial. Reposição ao erário, 56**

Conflito de Competência 0057257-95.2012.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Segunda Seção – Improbidade administrativa. Repasse de recursos destinados à pavimentação de trecho de rodovia. Desvio de finalidade, 66**

Numeração única: 0002354-67.2005.4.01.4200

Embargos Infringentes 2005.42.00.002354-5/RR

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

**Segunda Seção – Fraude no procedimento licitatório. Aquisição de unidade móvel de saúde. Suposto superfaturamento do veículo, 81**

Ação Penal 0022936-97.2013.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Ney Bello

**Terceira Seção – Ação civil pública. Transportadora. Excesso de peso da carga. Danos materiais e morais coletivos, 85**

Embargos Infringentes 0032878-75.2012.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

**Terceira Seção – Sistema elétrico. Pretensão de usina hidrelétrica de suspender pena aplicada pela agência reguladora, 90**

Mandado de Segurança 0066021-65.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal João Batista Moreira

**Quarta Seção – Execução de verba honorária de sucumbência, 105**

Numeração única: 0040928-18.2006.4.01.0000

Agravo Regimental em Embargos à Execução 2006.01.00.040461-3/MG

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado

**Quarta Seção – Via processual excepcional. Sucumbência recursal. Impossibilidade. Honorários advocatícios. Irrisoriidade ou exorbitância, 108**

Ação Rescisória 0070581-21.2013.4.01.0000/BA

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

**Primeira Turma – Servidor público. Estágio probatório. EC 19/1998. Prazo de três anos. Aplicação imediata, 111**

Numeração única: 0035475-27.2006.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2006.34.00.036486-3/DF

Relator: Juiz Federal Régis de Souza Araújo (convocado)

**Primeira Turma – Militar temporário. Licenciamento ilegal. Incapacidade para o serviço militar. Acidente em serviço, 113**

Apelação/Reexame Necessário 0042612-84.2011.4.01.3400/DF

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

**Segunda Turma – Reconhecimento de tempo de serviço especial. Estivador, 122**

Apelação/Reexame Necessário 0003501-48.2010.4.01.3200/AM

Relator: Desembargador Federal João Luiz de Sousa

**Segunda Turma – Servidor público. Enquadramento. Prescrição do fundo de direito, 127**

Numeração única: 0001027-65.2006.4.01.3808

Apelação Cível 2006.38.08.001027-1/MG

Relator: Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado)

**Terceira Turma – Funcionário autorizado a inserir dados falsos em sistema de informações com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, 132**

Numeração única: 0000924-50.2009.4.01.4100

Apelação Criminal 2009.41.00.000927-6/RO

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes

Relator: Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende (convocado)

**Terceira Turma – Prisão preventiva. Revogação pelo STF. Prisão domiciliar e monitoramento eletrônico, 140**

*Habeas Corpus* 0048608-39.2015.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

**Quarta Turma – Exceção de impedimento/suspeição de magistrado. Hipótese não prevista em lei, 149**

Exceção de Impedimento Criminal 0047739-25.2015.4.01.3800/MG

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz

**Quarta Turma – Uso fraudulento de cartão alimentação. Prejuízo suportado pela Caixa Econômica Federal (CEF). Competência da Justiça Federal, 153**

*Habeas Corpus* 0070010-79.2015.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)

**Quinta Turma – Reembolso devido às termelétricas pelo custo efetivo do combustível. Impossibilidade de limitação da forma de pagamento por meio de ato normativo, 155**

Numeração única: 0029183-21.2009.4.01.3400

Apelação Cível 2009.34.00.029716-4/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Quinta Turma – Ato de concentração econômica. Setor elétrico. Fiscalização acerca da aplicação de normas de concorrência, 167**

Numeração única: 0007013-55.2009.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2009.34.00.007067-9/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Sexta Turma – Junta comercial. Arquivamento dos atos societários de incorporação. Exigência de apresentação de certidões negativas, 172**

Apelação Cível 0061205-64.2011.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

**Sexta Turma – Reintegração de posse. Pretensão de indenização por ocupação indevida, 177**

Numeração única: 0005802-39.2004.4.01.3600

Apelação Cível 2004.36.00.005801-6/MT

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

**Sétima Turma – Imposto de Renda Pessoa Jurídica. Aplicações financeiras em renda fixa. Restituição. Prova da existência dos créditos, 181**

Numeração única: 0016997-05.2005.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2005.34.00.017029-0/DF

Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses

**Sétima Turma – Compensação de indébitos. Regime jurídico vigente à época da propositura da demanda. Legislação superveniente. Inaplicabilidade, 184**

Numeração única: 0028525-10.1999.4.01.3800

Apelação Cível 1999.38.00.028604-7/MG

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado

**Oitava Turma – Grupo econômico. Presunção legal de responsabilidade solidária, 187**

Agravo de Instrumento 0058230-89.2008.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

**Oitava Turma – Honorários de advogado. Destaque de percentual pactuado entre as partes. Vinculação da verba executada à conta específica do Fundef, 190**

Agravo de Instrumento 0044309-19.2015.4.01.0000/BA

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

**Laudo médico pericial. Nova inspeção médica. Indícios de doença funcional, 193**

Agravo de Instrumento 0070017-71.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

**Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Operações de crédito. Caixa Econômica Federal, 194**

Agravo de Instrumento 0008760-11.2016.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende (convocado)

**Alegação de inconstitucionalidade formal da regra extintiva da competência delegada à Justiça Estadual para o processamento e julgamento das ações executivas fiscais federais, 198**

Conflito de Competência 0003475-37.2016.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado

**Incra. Honorários advocatícios. Acordo para solução do conflito. Propriedade esbulhada. Comunidade indígena, 200**

Numeração única: 0002918-63.2006.4.01.3310

Apelação Cível 2006.33.10.002918-0/BA

Relator: Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado)

**Anatel. Restabelecimento de resolução que disciplina o regime de *Bill & Keep*, 201**

Agravo de Instrumento 0000641-61.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

**Infraero. Reintegração de posse, 203**

Agravo de Instrumento 0011611-23.2016.4.01.0000/PA

Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada)

**União. Pedido de pagamento de tratamento médico no exterior. Caso excepcional, 206**

Agravo de Instrumento 0002459-48.2016.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

**Contrato de depósito. Nulidade de natureza absoluta. Arguição em sede de ação de execução, 214**

Agravo de Instrumento 0004004-56.2016.4.01.0000/TO

Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada)

**Reintegração de posse. Quilombo da Comunidade de Graciosa/BA, 220**

Agravo de Instrumento 0002148-57.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil. Suspensão da eficácia de portaria para alguns de seus associados. Atividade perigosa em motocicleta, 223**

Agravo de Instrumento 0049373-10.2015.4.01.0000/DF

Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada)

**Associação Nacional dos Servidores da Previdência e Seguridade Social – Anasps. Suspensão dos efeitos do reajuste incidente sobre a contribuição individual, 226**

Agravo de Instrumento 0008182-48.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian



**Embargos infringentes. Novo CPC, 228**

Numeração única: 0006623-27.2005.4.01.3400  
Embargos Infringentes 2005.34.00.006624-2/DF  
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

**Improbidade administrativa. Suspensão dos efeitos da sentença exequenda. Nulidade. Incompetência absoluta do juízo prolator da sentença, 229**

Ação Rescisória 0015693-97.2016.4.01.0000/PA  
Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)

**Sinduscon/MT. Correção monetária nos contratos de empréstimo celebrados por empresas do ramo da construção civil, sob a égide do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), 232**

Recurso Especial no Agravo de Instrumento 0064774-25.2010.4.01.0000/MT  
Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

**Concessão de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, 236**

Medida Cautelar Inominada 0063509-12.2015.4.01.0000/GO  
Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

**Cálculo da cota parte do Fundeb, 239**

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0013068-90.2016.4.01.0000/DF  
Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

**Expedição de certidão. Reclamação. Descabimento, 243**

Reclamação 0000035-33.2016.4.01.0000/DF  
Relator: Juiz Federal Rodrigo Rigamonte Fonseca (convocado)

**Pedido de redirecionamento da execução. Sócios-administradores das empresas sucedidas e sucessoras da executada, 245**

Agravo de Instrumento 0012807-28.2016.4.01.0000/MG  
Relator: Juiz Federal Rodrigo Rigamonte Fonseca (convocado)

**JEFs em Revista****249****Previdenciário. Revisão de benefício, 249**

Numeração única: 0035228-05.2009.4.01.3800  
Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2009.38.00.704434-3  
Relator: Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende

**Adicional de atividade penosa. Necessidade de regulamentação. Servidor do Poder Judiciário da União. Isonomia. Impossibilidade, 253**

Pedido de Uniformização de Jurisprudência: 0008921-81.2012.4.01.3000/AC  
Relator: Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga

**Segurada especial. Impossibilidade de a TRU modificar a data tida como provada de afastamento da segurada da área rural. Direito adquirido, 256**

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 0002559-03.2013.4.01.4302/TO  
Relator: Juiz Federal Guilherme Michelazzo Bueno  
Relator p/ acórdão: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins

- Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Recebimento da inicial. Ausência de agente ou servidor público. Impossibilidade de prosseguimento.
- Desnecessidade de trânsito em julgado da sentença penal condenatória para início do cumprimento da pena. Supremo Tribunal Federal. Alteração de jurisprudência.
- Pensão por morte. Não comprovação da união estável. Diferença significativa de idade entre o falecido e a autora.
- Acumulação de proventos de duas aposentadorias, uma no âmbito do Distrito Federal e outra na esfera federal. Impossibilidade.
- Servidor público federal. Ausência ao trabalho em virtude de recolhimento à prisão. Ausência de previsão legal à concessão de auxílio-reclusão à família.
- Previdenciário. Pensão por morte. Menor sob guarda judicial. Equiparação a filho. Dependente presumido. Inconstitucionalidade da exclusão.
- Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais – CPRM. Ascensão funcional. Reenquadramento. Competência absoluta da Justiça do Trabalho. Sentença proferida após a Emenda Constitucional 45/2004. Nulidade.
- Servidor público federal. Deslocamento entre universidades. Motivo de saúde. Hipótese de redistribuição. Ato discricionário.
- Estelionato privilegiado contra o Ministério do Trabalho e Emprego – MTE. Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – Peti.
- Crime praticado por indígena: competência da Justiça Federal.
- Autuação e multa. Posto de combustíveis. Diferença de quantidade entre o indicado na bomba e o efetivamente fornecido ao consumidor.
- Contratação de professor estrangeiro naturalizado. Autonomia didático-científica das universidades. Situação de fato consolidada.
- Permissionária de serviço de loterias. Pagamento efetuado por terceiro interessado. Sub-rogação. Legitimidade ativa. Danos causados por omissão da Caixa na fiscalização de funcionamento.
- Hospital privado. Serviço público não privativo. Simples autorização do Poder Público. Mau funcionamento. Intervenção. Impossibilidade.
- Viagem do Papa Francisco ao Brasil. Despesas com sua recepção. Custeio por entes públicos. Ação popular.
- Embargos à execução. Ação de depósito. Devolução de cabeças de gado apreendidas pelo Ibama. Liquidação de sentença.
- Pirâmide financeira. Possibilidade de continuidade da parcela de atividades empresariais da agravante. Litude.
- Concurso público. Critérios de desempate. Tempo de serviço prestado na Justiça Eleitoral. Terceirizado.
- Concurso público. Polícia Rodoviária Federal. Exame toxicológico. Medicação prescrita em receituário médico. Laudo ortopédico pela aptidão do candidato.
- Adesão ao Refis. Pedido de inclusão dos saldos devedores de FGTS.
- Imposto de Renda. Legitimidade ativa do espólio.

Isenção do ITR. Necessidade de averbação no registro imobiliário da área de reserva legal. Dispensa de prova da “frustração de safra ou destruição de pastagens”.

**Repositórios Oficiais de Jurisprudência** **275**

---

**Instruções Editoriais** **277**

---



# O direito de superfície na Alemanha e o seu caráter social\*

Leonardo Estevam de Assis Zanini\*\*

## Resumo

O artigo aborda os aspectos mais relevantes do direito de superfície na Alemanha, dando enfoque à sua função social. Inicia as investigações com um breve estudo histórico, no qual são destacadas as particularidades do seu desenvolvimento. Realiza um exame da matéria na Alemanha, com destaque para alguns pontos como: natureza jurídica, utilidade prática, áreas de utilização, caráter social, constituição, transferência e extinção desse direito. Por fim, o trabalho questiona a não utilização do instituto no Brasil, o que pode ser repensado se considerarmos o exemplo alemão, em especial no que toca ao seu possível aspecto social.

Palavras-chave: Direito de superfície. Direitos reais. Direito alemão. Função social.

## 1 Introdução

O presente artigo objetiva apresentar breves considerações sobre o direito de superfície na Alemanha, examinando seus aspectos mais relevantes. Não se trata, obviamente, de uma análise exaustiva ou minuciosa do tema, o que é feito pela doutrina alemã em trabalhos que consomem, muitas vezes, mais de quinhentas páginas. De qualquer forma, nosso estudo dará ao leitor uma visão geral desse instituto, permitindo também sua comparação com a legislação brasileira.

A proposta decorre da curiosidade de se saber como o direito de superfície é regulado e utilizado em um ordenamento jurídico que já o conhece há

muito tempo. Tal curiosidade se deve ao fato de que, em nosso país, dada a sua recente reintrodução na legislação civil, a utilidade prática do instituto ainda não se revelou.

A falta de relevância prática pode decorrer de diversos fatores, como o seu desconhecimento pela população, a ausência de tradição na sua utilização, ou mesmo por desconfiança, pelo fato de criar um direito real sobre um terreno alheio, que certamente dá muitas garantias ao superficiário.

Diferentemente do Brasil, na Alemanha, como veremos, a superfície não é um instituto sem utilização, existindo um número considerável de imóveis construídos sobre terrenos de terceiros. Além disso, é de se notar que ela foi um instrumento fundamental para a organização de espaços urbanos, para a reconstrução do país após as duas grandes guerras, bem como para o cumprimento da função social da propriedade.

Desse modo, acreditamos que algumas considerações a respeito do direito de superfície na Alemanha podem permitir reflexões acerca do papel desse instituto não somente no âmbito jurídico brasileiro, mas também no que toca à sua possível utilização socioeconômica.

## 2 Histórico

### 2.1 Das origens romanas ao final do século XIX

O direito de superfície, presente no Código Civil brasileiro de 2002 (arts. 1.369 a 1.377) e no ordenamento jurídico de muitos países ocidentais, não é nenhuma novidade. Suas origens remontam ao Direito Romano, que previa o instituto da *superficies*.

Originariamente, a *superficies* não era um direito real, mas sim uma espécie de contrato de locação por longo prazo, que tinha como partes Roma e um particular (*perpetuarius*), objetivando a regulação das relações decorrentes de construções que esse particular havia erigido em solo público (*superficiariae aedes*), o que incluía o pagamento de uma contraprestação, chamada de *solarium*. Para imóveis rurais também

\* O presente trabalho foi elaborado durante pesquisa de pós-doutorado no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* e revisado pelos Drs. Jan Peter Schmidt e Anton Geier.

\*\* Pós-doutorado no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Alemanha) e no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Alemanha). Doutor em Direito Civil pela USP, com estágio de doutorado na *Albert-Ludwigs-Universität Freiburg* (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor universitário. Foi Delegado de Polícia Federal, Procurador do Banco Central do Brasil, Defensor Público Federal, Diretor da Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul, Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento da Justiça Federal em São Paulo, bolsista da *Max-Planck-Gesellschaft* e da Capes.

havia um instituto correspondente, denominado *ager vectigalis*<sup>1</sup>.

Entretanto, com o passar do tempo, o instituto, concebido inicialmente como um contrato integrante dos direitos obrigacionais (pessoais), passou a receber, por obra pretoriana, proteção dos interditos, tornando-se, paulatinamente, um direito real.

Na Idade Média, a superfície, apesar de conhecida, não foi muito utilizada, dando espaço ao desenvolvimento de outros institutos muito próximos, como é o caso da chamada “*städtische Bauleihe*” (ou *Bodenleihe*)<sup>2</sup>. Tal instituto jurídico foi bastante importante para o desenvolvimento de muitas cidades alemãs, possibilitando a concessão de um direito real sobre um terreno, uma espécie de propriedade útil (*dominium utile*) sobre a construção nele realizada, surgindo como contrapartida o pagamento de uma prestação, normalmente anual. Esse direito era transmissível por herança, mas não podia ser alienado<sup>3</sup>.

A despeito da semelhança com a superfície, assevera-se que a *Bauleihe* surgiu pelo fato de que as casas na Alemanha eram consideradas como propriedade distinta do solo, como bens móveis. E isso se explica porque na maioria das vezes eram construídas em madeira e tinham poucas fundações, o que permitia que fossem desmontadas e construídas em outros lugares. Por consequência, dada a facilidade de retirada da casa, o instituto da superfície perdia a razão de existir<sup>4</sup>.

Mais tarde, com o processo de recepção do direito romano na Alemanha (*Rezeption des römischen Rechts*), o princípio da acessão, que tinha se perdido, passou a ser aplicado a tudo aquilo que se ligava ao solo de maneira durável (*superficies solo cedit*), particularmente às plantações, e não somente às construções<sup>5</sup>.

Em função da mudança, foi incorporada a *superficies* romana ao direito vigente, mas houve uma parcial mistura do instituto romano com a

“*städtische Bauleihe*”<sup>6</sup>. Assim, a partir da fusão entre o instituto romano e o germânico, surgiram direitos (híbridos) que receberam várias denominações, como *Superfizarrecht*, *Platzrecht*, *Baurecht* ou *Kellerrecht*<sup>7-8</sup>.

Com a Revolução Francesa, as raízes romanas da propriedade foram recobradas, passando-se a uma concepção individualista. Em virtude dessa concepção, o direito de superfície foi visto como um corpo estranho e colocado em segundo plano, uma vez que as ideias revolucionárias não se adaptavam a qualquer instituto que remetesse ao período medieval: ao direito feudal e seus privilégios. A dogmática da época era contra institutos jurídicos que desmembrassem o direito de propriedade<sup>9</sup>, como era feito na Idade Média, o que levou à utilização bastante reduzida da superfície no século XIX<sup>10-11</sup>.

## 2.2 Da entrada em vigor do Código Civil alemão à Lei do Direito de Superfície

A despeito da orientação francesa pregando sua abolição, o Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), em vigor desde 1º/01/1900, não chegou a excluir a superfície de suas disposições. Entretanto, a matéria foi tida pela codificação como sem importância, sobretudo como um corpo estranho no âmbito da propriedade, tendo sido regulamentada de forma incompleta nos §§ 1012 a 1017 do BGB<sup>12</sup>.

<sup>1</sup> BALLIF, Alban. *Le droit de superficie. Eléments réels, obligations propter rem et droits personnels annotés*. Zürich: Schulthess, 2004, p. 1.

<sup>2</sup> INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. XXI.

<sup>3</sup> OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 13.

<sup>4</sup> BALLIF, Alban. *Le droit de superficie*, p. 2.

<sup>5</sup> INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. XXI.

<sup>6</sup> DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwalthkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1.394.

<sup>7</sup> RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 4.

<sup>8</sup> Vale notar que, no âmbito dos países de língua alemã, o instituto da superfície não tem denominação uniforme, diferentemente do que ocorre nos países de língua neolatina. Na Áustria, por exemplo, o instituto é denominado *Baurecht* (IRO, Gert. *Bürgerliches Recht. Sachenrecht*. Wien: Springer, 2000, v. IV, p. 173).

<sup>9</sup> OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 14.

<sup>10</sup> RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 4.

<sup>11</sup> O mesmo não ocorreu, por exemplo, na Inglaterra, onde houve a expansão de instituto com raízes semelhantes, a chamada “*building lease*” (OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1.505).

<sup>12</sup> OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1.505.

Contudo, após a entrada em vigor do BGB, houve, no início do século XX, um grande aumento da população, o que conduziu, conseqüentemente, a uma elevação na demanda por moradias e a uma valorização do preço dos imóveis. Em função dessas mudanças socioeconômicas, viu-se a necessidade da utilização do instituto da superfície (*Erbbaurecht*), que na prática não vinha encontrando uso, para o combate à especulação dos preços dos imóveis, bem como para dar oportunidade à população mais carente de adquirir uma propriedade<sup>13</sup>.

Assim sendo, como a regulamentação pelo BGB era insuficiente, praticamente não permitindo o uso do instituto, a única solução encontrada para resolver o problema foi a elaboração de uma nova legislação para cuidar de toda a matéria atinente ao direito de superfície. Com isso, os §§ 1.012 a 1.017 do BGB foram substituídos pela Ordenança sobre o Direito de Superfície (*Verordnung über das Erbbaurecht - ErbbauVO*), que entrou em vigor em 22/01/1919 e regulou a matéria de forma detalhada<sup>14</sup>.

De qualquer forma, conforme o § 38 da referida legislação, os §§ 1.012 a 1.017 do BGB continuaram em vigor, particularmente no que toca às superfícies constituídas até a entrada em vigor da ErbbauVO. Posteriormente, com uma Lei de 23/11/2007, houve a alteração da denominação da ErbbauVO, que passou a ser chamada de Lei do Direito de Superfície (*Erbbaurechtsgesetz – ErbbauRG*). Contudo, a alteração promovida foi apenas no nome do instituto, não sendo realizada nenhuma reforma no conteúdo propriamente dito da legislação<sup>15</sup>.

### 3 Caráter social

O direito de superfície foi estabelecido na Alemanha com a finalidade de promover a construção de moradias, particularmente para as classes sociais menos favorecidas, e também como instrumento de combate à especulação imobiliária<sup>16</sup>.

Nessa linha, o direito de superfície tem considerável importância social, uma vez que

permite a construção de casas para moradia, sem que haja necessidade de dispêndio de dinheiro para a aquisição do terreno. Assim, a pessoa pode deixar de empregar o capital na aquisição do terreno e, em contrapartida, simplesmente paga uma espécie de remuneração (*Erbbauzins*) correspondente apenas ao valor da utilização do terreno<sup>17</sup>. Logicamente referida remuneração também não pode ter caráter especulativo, devendo estar ao alcance daqueles que pretendem construir seu imóvel.

Com isso, há uma redução no custo total que seria empregado na aquisição de uma casa, visto que aquele que pretende realizar a construção não precisará se privar de suas economias com a compra do terreno, necessitando se preocupar apenas com a construção de sua moradia<sup>18</sup>. E mesmo no que toca à construção, é interessante observar que na Alemanha, como regra, é possível a obtenção de financiamento com taxas de juros bem reduzidas, muito diferentes das cobradas no Brasil.

Vale ainda notar que a propriedade da edificação não está ligada, pelo menos do ponto de vista jurídico, à propriedade do terreno. Assim sendo, tanto o proprietário do terreno onerado como o superficiário participam da valorização imobiliária proporcionada pela construção<sup>19</sup>.

Ademais, em razão de eventual contratação por um prazo bastante amplo, o superficiário chega mesmo a ter a impressão de que é o proprietário não somente da edificação, mas também do terreno, já que muitas vezes o acordo pode vigorar por duas ou três gerações<sup>20</sup>.

Outrossim, na hipótese de concessão estatal do direito de superfície, com o decurso do prazo da contratação é possível que o terreno venha a ter outra finalidade pública, isto é, a construção que lá ficou pode ser posteriormente utilizada pelo ente estatal, por exemplo, para ser sede de um órgão público. Ainda, a superfície pode ser renovada em condições favoráveis, sem ser considerada a sua valorização.

Por outro lado, é de se notar que na Alemanha os governos locais também passam por dificuldades

<sup>13</sup> OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 14.

<sup>14</sup> VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 599.

<sup>15</sup> BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*, p. 382.

<sup>16</sup> OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 15.

<sup>17</sup> BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*, p. 382.

<sup>18</sup> PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 379.

<sup>19</sup> VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 599.

<sup>20</sup> PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 379.

orçamentárias, de modo que não é tarefa fácil a aquisição de grandes áreas, relativamente caras, para o posterior estabelecimento do direito de superfície em favor daqueles que estão incluídos na política habitacional. Isso sem falar na necessidade do estabelecimento de remuneração razoável pelo direito de superfície<sup>21</sup>.

Por conseguinte, ainda que existam dificuldades, não se pode deixar de apontar a importância da superfície na facilitação do acesso à moradia, bem como na organização da política urbana, em função do loteamento de imóveis para tal finalidade. Desse modo, a concessão do direito de superfície continua, na atualidade, tendo significação social na Alemanha, havendo, nesse sentido, especial atenção dos governos locais e das instituições religiosas<sup>22</sup>.

#### 4 Outras áreas de utilização

Como foi visto, após a entrada em vigor da Ordenança sobre o Direito de Superfície (ErbbauVO), iniciou-se a concessão desse direito, principalmente por parte dos entes estatais e de instituições religiosas, que em razão de considerações de ordem social, procuraram auxiliar famílias carentes a ter um imóvel para moradia<sup>23</sup>.

Vale notar, entretanto, que o instituto não ficou limitado à construção de moradias, sendo possível sua instituição para construção de áreas, por exemplo, para prática de esportes, com fins comerciais ou industriais, bem como para instituições científicas ou de ensino<sup>24</sup>.

Aliás, nos casos em que normalmente o Poder Público brasileiro realiza uma contratação por um longo prazo, cedendo um terreno em comodato para determinada instituição, na Alemanha temos, na mesma situação, a utilização do direito de superfície, que dá maior proteção para aquele que irá realizar a construção no terreno, isto é, há maiores garantias por se tratar de um direito real e não meramente obrigacional<sup>25</sup>.

Ademais, a superfície também é utilizada por particulares que querem aproveitar economicamente seus terrenos, permitindo, assim, a realização de construções para fins não somente residenciais, mas também comerciais ou industriais<sup>26</sup>, como é o caso da utilização de um terreno para construção de usinas de energia eólica ou para a edificação de um centro de compras.

Destarte, a superfície pode ser utilizada não somente para construção de moradias, mas para todo tipo de edificação a ser realizada em terreno alheio, tendo relevância tanto pelo seu aspecto social como econômico.

#### 5 Significação prática

O direito de superfície é um instituto que encontra reflexo no tráfego jurídico alemão. Em um primeiro momento houve o aumento de sua utilização no início do século XX, em função da demanda por moradias. Posteriormente, houve forte expansão da sua utilização no período que se seguiu ao término na Segunda Guerra Mundial, em virtude dos trabalhos de reconstrução do país<sup>27</sup>.

De fato, conforme dados oficiais relativos a pesquisas realizadas nos registros imobiliários dos estados da Baviera e de Hessen, em 1970 existiam 39.278 direitos de superfície na Baviera, enquanto que Hessen contava com 19.556. As pesquisas ainda apontaram que, nos livros de registro de imóveis, o volume do direito de superfície correspondia a 1,7% das propriedades na Baviera e a 1,41% em Hessen. Ademais, em outra pesquisa, realizada em bancos hipotecários (*Hypothekenbanken*), foi verificado que 3% do total dos empréstimos foram realizados para fins de superfície<sup>28</sup>.

Outrossim, a importância do instituto fica ainda mais evidente quando nos deparamos com um estudo da "Initiative Erbbaurecht", de 2008, o qual apontou que cerca de 5% das áreas de moradia na Alemanha foram constituídas com a existência do direito de superfície.

<sup>21</sup> OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 15.

<sup>22</sup> DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1.394.

<sup>23</sup> VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 599.

<sup>24</sup> BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*, p. 383.

<sup>25</sup> Nesse ponto, podemos citar, por exemplo, o caso do *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, que

recebeu o direito de superfície sobre um terreno da municipalidade de Hamburgo para a edificação de sua sede.

<sup>26</sup> BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 387.

<sup>27</sup> OEFELE, Helmut Freiherr von. *Gesetz über das Erbbaurecht*. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1.506.

<sup>28</sup> OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 18.



E a expansão tem contado mais recentemente com áreas cada vez maiores e com a concessão não apenas pela Igreja, por entes estatais ou ligados ao Estado, mas também por proprietários particulares<sup>29</sup>.

Por conseguinte, o direito de superfície na Alemanha não é um instituto sem utilidade, meramente previsto no BGB e na legislação. Trata-se de instituto que realmente tem aproveitamento prático.

## 6 Natureza jurídica

A natureza jurídica do direito de superfície no Direito alemão apresenta discussão doutrinária. Em realidade, o debate decorre da própria forma de estruturação desse direito, que difere da existente no Código Civil brasileiro, onde, até pela localização da matéria, está claro se tratar de um direito real sobre coisa alheia.

Inicialmente, deve-se observar que, conforme o disposto no § 12 da ErbbauRG, não vigora em face do direito de superfície o princípio de que toda edificação que se liga ao solo passa a ser componente integrante do imóvel (*superficies solo cedit*) e, por conseguinte, propriedade de seu titular.

Nesse contexto, segundo parte da doutrina, como a legislação alemã considera que o superficiário se torna proprietário da edificação, a superfície não consistiria em um desdobramento da propriedade nem em um regime de copropriedade.

Desse modo, asseveram os estudiosos que a superfície concede a possibilidade de alguém ser proprietário de um edifício, sem ser, ao mesmo tempo, proprietário do imóvel onde foi erigida a construção, de maneira que não somente no aspecto econômico, mas também no âmbito jurídico o proprietário do imóvel e o proprietário da construção estão separados, são titulares de direitos não idênticos<sup>30</sup>.

Assim, conforme tal linha de raciocínio, a superfície pode ser tratada como um direito de propriedade, de forma que pode ser transferida, onerada e registrada em livro próprio no registro de imóveis, denominado *Erbbaugrundbuch* (§ 14 ErbbauRG)<sup>31</sup>.

Aliás, como se concede não somente a propriedade sobre a construção, mas também um direito real à utilização de um terreno pertencente a outra pessoa, não estaríamos, conforme entendimento de parte da doutrina, diante de um direito real limitado. Tratar-se-ia, então, de um direito *sui generis*, situado entre as servidões pessoais e a propriedade fundiária.

Por outro lado, há estudiosos que afirmam ser um direito real sobre um terreno alheio, que, com determinadas exceções, é tratado como o direito de propriedade, sobretudo pelo fato de poder ser onerado<sup>32</sup>. Argumentam que a concepção da superfície como um direito real sobre coisa alheia deflui do texto legal, o qual menciona que: “um terreno pode ser onerado do modo [...]” (§ 1 ErbbauRG). Ora, tal expressão seria a mesma utilizada nos direitos reais limitados, ou seja, nos §§ 1.018, 1.090, 1.094, 1.105, 1.113, 1.191 do BGB, o que levaria à conclusão de se tratar de um direito real limitado<sup>33</sup>.

De qualquer modo, não obstante a existência dos mencionados entendimentos, não há dúvida que, do ponto de vista do proprietário do terreno, o direito de superfície é um direito real limitado, que onera sua propriedade. Ademais, é certo que tal direito real limitado é tratado de forma assemelhada a uma propriedade imobiliária<sup>34</sup>. Por isso, a maioria da doutrina considera que esse direito tem dupla natureza jurídica (*Doppelnatur*).

## 7 Conceito

O direito de superfície é um direito real de utilização e edificação em um terreno alheio<sup>35</sup>. A concessão desse direito é, do ponto de vista jurídico, uma forma de onerar a propriedade de um terreno com um direito real limitado<sup>36</sup>.

<sup>29</sup> OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 19.

<sup>30</sup> INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. XXI.

<sup>31</sup> VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 600.

<sup>32</sup> STÜRNER, Rolf. Verordnung über das Erbbaurecht. In: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 13. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2007, v. 15-1, p. 302.

<sup>33</sup> OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 23.

<sup>34</sup> BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 385.

<sup>35</sup> RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 3.

<sup>36</sup> INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. 231.

Conforme a definição extraída do § 1 da ErbbauRG<sup>37</sup>, o direito de superfície é um direito concedido a uma pessoa, alienável e transmissível por sucessão<sup>38</sup>, que grava um terreno, permitindo a realização de construções sobre a sua superfície e no seu subsolo. Possibilita, assim, a edificação em um terreno de propriedade de outra pessoa, bem como sua utilização por determinado prazo<sup>39</sup>.

Destarte, trata-se de um direito que, salvo exceções previstas pelo § 11, está submetido às disposições concernentes aos imóveis. Assemelha-se ainda à propriedade pelo fato de possuir registro próprio no registro imobiliário, bem como por poder ser cedida e gravada independentemente da propriedade do terreno.

## 8 Definição de construção e de edifício

A legislação faz uso dos conceitos de construção (*Bauwerk*) e edifício (*Gebäude*), no entanto, não apresenta uma definição legal. Com isso, esses preceitos necessitaram ser extraídos da linguagem geral e dos usos do tráfico jurídico<sup>40</sup>.

No que toca à expressão construção (*Bauwerk*), podemos encontrar várias definições na doutrina, mas ainda é usual a utilização da concepção apresentada pelo antigo Tribunal do Império (*Reichsgericht*), que a considerava como a coisa imóvel (ligada ao solo) e produzida com a utilização de trabalho e materiais estranhos ao solo. Tal concepção é ainda hoje adotada pela doutrina majoritária<sup>41</sup>.

O conceito de edifício (*Gebäude*) dado pelo *Bundesgerichtshof* - BGH<sup>42</sup>, por seu turno, considera se tratar de uma construção delimitada espacialmente e protegida contra a influência exterior, cuja entrada de pessoas demanda autorização<sup>43</sup>.

Por conseguinte, no âmbito do direito de superfície estão incluídas todas as espécies de edificação, localizadas na superfície ou no subsolo (*auf oder unter der Oberfläche*)<sup>44</sup>. Como exemplos, extraídos da prática, podemos citar: moradias, garagens subterrâneas, instalações portuárias e ferroviárias, prédios, postos de gasolina, quadras esportivas, *playgrounds*, monumentos e instalações relacionadas ao tráfego, como pontes e viadutos. Nessas hipóteses, a edificação é considerada um componente do direito de superfície, fazendo parte da propriedade do superficiário e não do dono do terreno<sup>45</sup>.

## 9 A superfície e outros institutos similares

No âmbito dos direitos reais, o usufruto (*Nießbrauch*) não se adequa às mesmas finalidades da superfície. De fato, conforme o § 1.061, 1 do BGB, o usufruto se extingue com a morte do usufrutuário, sendo intransferível (§ 1.059). Também é intransferível o direito de habitação (*Wohnungsrecht*), conforme estabelecem os §§ 1.092 e 1.093 do BGB<sup>46</sup>.

O direito alemão igualmente distingue a superfície do contrato de locação (*Mietvertrag*) ou do arrendamento (*Pachtvertrag*). Realmente, enquanto a superfície cria um direito real, a locação ou o arrendamento constituem apenas um direito obrigacional. Além disso, o superficiário pode alienar ou onerar seu direito, o que não é admitido na locação ou no arrendamento. Outro ponto de divergência é o prazo de duração, pois a superfície pode ser concedida

<sup>37</sup> Como já foi mencionado, a matéria não encontra atualmente regulação no BGB, mas eventuais superfícies constituídas até 22 de janeiro de 1919 continuam sendo tratadas apenas pelos §§ 1.012 a 1.017 do BGB. Também vale notar que a ErbbauVO recebeu importante complementação pela Lei de alteração do direito das coisas, de 21/09/1994 (SachenRÄndG). Ademais, pelo art. 25 da Lei de 23/11/2007 houve a alteração do nome da legislação, que passou a ser *Erbaurechtsgesetz* (PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 372).

<sup>38</sup> O nome do instituto no idioma alemão decorre justamente do fato de se tratar de uma construção (ou edificação) transmissível por herança, daí a expressão *Erbaurecht*, que seria, em uma tradução literal para o português, um direito de construção herdável (RAPP, Manfred. *Gesetz über das Erbaurecht*. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 3).

<sup>39</sup> VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 599.

<sup>40</sup> DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwalthkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1.398.

<sup>41</sup> Transcrevemos a definição no original: “eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden

*hergestellte Sache*” (DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwalthkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1.398).

<sup>42</sup> O BGH é um tribunal alemão que corresponderia, no Brasil, ao STJ.

<sup>43</sup> Transcrevemos a definição no original: “eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache” (DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwalthkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1.398).

<sup>44</sup> RAPP, Manfred. *Gesetz über das Erbaurecht*. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 23.

<sup>45</sup> WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 35.

<sup>46</sup> BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*, p. 382.

por longo prazo, já no contrato de locação os prazos são, em geral, mais reduzidos, podendo ser admitida a contratação por até 30 anos ou pelo tempo de vida do locatário (§ 544 do BGB)<sup>47</sup>.

## 10 Objeto (*Belastungsgegenstand*)

O objeto a ser onerado é o imóvel em sua integralidade, isto é, um terreno (*Grundstück*). Não pode se tratar apenas de uma parte do terreno ou de uma parte de uma copropriedade, visto que é necessário que uma parte real (e não ideal) seja objeto de registro imobiliário<sup>48</sup>. Todavia, o exercício da superfície pode ser limitado a uma parte do imóvel. Ademais, também se admite a constituição de um direito de superfície sobre mais de um terreno (*Gesamterbbaurecht*)<sup>49</sup>.

Não é permitido onerar um condomínio edilício com a superfície, pois no caso não se trata de um terreno para edificação. Além disso, sobre o terreno do condomínio igualmente não seria possível, visto que não se permite o estabelecimento de superfície quando haja uma propriedade especial ou uma utilização especial dessa propriedade decorrente da regulamentação do condomínio. Todavia, essa última questão é discutível<sup>50</sup>.

Outrossim, a doutrina alemã se divide quanto à admissão de uma sobrelevação ou subsuperfície (*Untererbbaurecht*)<sup>51</sup>. Nesse caso, não seria onerado propriamente um terreno, mas sim uma outra superfície. Entretanto, a legislação sobre registro de imóveis (*Grundbuchordnung* – GBO) reconhece a possibilidade em seu § 6, 2, mencionando-a expressamente.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, não cabe na Alemanha o direito de superfície para fins de plantação<sup>52</sup>. Para remediar essa impossibilidade, as

partes do imóvel que não forem necessárias para a construção da edificação podem ser usadas para tal finalidade, como é o caso de jardins de ornamentação. Em todo caso, a edificação continua sendo o objeto principal<sup>53</sup>.

## 11 Conteúdo legal (*Gesetzlicher Inhalt*)

O conteúdo legal da superfície deve existir, pois caso contrário não haverá o surgimento desse direito. A matéria é definida pelo § 1 da ErbbauRG, que inclui como conteúdo obrigatório a existência de um direito real sobre a superfície de um terreno ou ao seu subsolo, permitindo-se a realização de edificações. Consequentemente, o titular do direito de superfície torna-se proprietário das obras realizadas no imóvel<sup>54</sup>.

A superfície constitui, no Direito alemão, o maior ônus que pode ser imposto sobre uma propriedade, visto que o proprietário do terreno perde a sua posse direta e o superficiário pode erigir uma construção, ocupá-la, utilizá-la, destruí-la e substituí-la. De qualquer forma, vale observar que na concessão do direito de superfície deve ser prevista, de forma mais ou menos clara, como a edificação será realizada<sup>55</sup>.

De fato, o gênero da construção e a sua extensão devem necessariamente ser definidos, visto que um direito real deve ser suficientemente determinado (*Bestimmtheitsprinzip*). Aliás, é esse conteúdo determinado que levará à aquisição, por parte do superficiário, da propriedade sobre a construção.

Outrossim, a cessibilidade (*Veräußerlichkeit*) e a transmissibilidade por herança (*Vererblichkeit*) fazem parte dos elementos característicos obrigatórios do direito de superfície. Por fim, além do direito de edificação como elemento principal, também se garante eventual direito acessório de uso sobre áreas não edificadas.

## 12 Conteúdo contratual (*Vertraglicher Inhalt*)

O conteúdo legal do direito de superfície não é suficiente para regular as relações entre superficiário e o proprietário do terreno. Ao lado do conteúdo

<sup>47</sup> RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, pp. 3-4.

<sup>48</sup> STÜRNER, Rolf. Verordnung über das Erbbaurecht. In: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 13. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2007, v. 15-1, p. 302.

<sup>49</sup> PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 375.

<sup>50</sup> RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 24.

<sup>51</sup> Vale notar que o BGH reconhece a subsuperfície (BGHZ 62, 179 = NJW 1974, 1137).

<sup>52</sup> No Direito brasileiro, a constituição de superfície para fins de plantação está expressamente prevista no art. 1.369 do Código Civil.

<sup>53</sup> RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 26.

<sup>54</sup> VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 601.

<sup>55</sup> VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 601.

legal, o § 2 da ErbbauRG dispõe que as partes podem, contratualmente, criar outros direitos e obrigações, o que na prática é muito comum<sup>56</sup>.

Como regra, tal contratação deveria ter efeito meramente obrigacional, não valendo contra qualquer sucessor, particularmente se este não teve conhecimento do vínculo obrigacional. Contudo, no que toca ao conteúdo do direito de superfície, a legislação protege a contratação com eficácia real. Assim sendo, ficam vinculados ao estabelecido tanto os atuais como os futuros proprietários do terreno e superficiários<sup>57</sup>.

O possível conteúdo contratual é enumerado, de forma não taxativa, pelo § 2 da ErbbauRG, podendo abranger disposições sobre: 1) a construção, a manutenção e a utilização da edificação; 2) o seguro da edificação e sua reconstrução em caso de destruição; 3) a responsabilidade por encargos públicos e privados; 4) a obrigação do superficiário, se preenchidas determinadas condições, de transferir a superfície ao proprietário do terreno (reversão – *Heimfall*); 5) responsabilidade do superficiário pelo pagamento de multas contratuais; 6) concessão de direito de preferência ao superficiário para a renovação da superfície depois de decorrido seu prazo; e 7) a obrigação do proprietário do terreno de vendê-lo ao superficiário<sup>58</sup>.

Além disso, pode ser também estabelecido, como conteúdo contratual, a necessidade do consentimento do proprietário do terreno para a alienação da superfície pelo superficiário, bem como para o estabelecimento de hipoteca (*Hypothek*), de dívida imobiliária (*Grundschuld*), de dívida imobiliária em forma de renda (*Rentenschuld*) ou de ônus reais (§ 5 da ErbbauRG). Ficam sem validade eventuais obrigações estabelecidas sem a observância do

necessário consentimento do proprietário do terreno (§ 6 da ErbbauRG).

Portanto, pode-se notar que vários elementos previstos legalmente como integrantes do direito de superfície no Brasil, como é o caso do direito de preempção, não são concedidos pela legislação alemã, sendo necessário seu estabelecimento pela via contratual. Há então uma maior autonomia no Direito alemão no que toca à constituição de direitos e obrigações das partes.

### 13 Surgimento e transferência (*Entstehung und Übertragung*)

A concessão e a transmissão do direito de superfície seguem os princípios gerais atinentes à propriedade imobiliária (§§ 873 e ss do BGB). O surgimento da superfície não segue, entretanto, a forma estabelecida para alienação da propriedade imobiliária, mas sim as disposições atinentes à sua oneração<sup>59</sup>.

Pressupõe a existência de dois contratos. O primeiro negócio jurídico, um contrato no qual alguém se obriga a fazer a concessão (ou transmissão) do direito de superfície, deve seguir a forma estabelecida no § 311b 1 BGB e deve ser realizada perante o notário. Trata-se de um contrato regido pelo direito obrigacional, que cria obrigações para as partes, semelhante ao contrato de compra e venda<sup>60</sup>.

Contudo, é necessário, conforme o § 873 do BGB, um segundo negócio jurídico, que constitui um acordo real de cumprimento (*dingliches Erfüllungsgeschäft*). Até a entrada em vigor da ErbbauVO, tal acordo tinha a forma da *Auflassung* (§ 925 do BGB)<sup>61</sup>, mas essa forma não é mais prescrita (§ 11, 1 ErbbauRG). Por fim, há o registro imobiliário (*Eintragung im Grundbuch*), surgindo então o direito de superfície<sup>62</sup>.

<sup>56</sup> PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 373.

<sup>57</sup> PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 373.

<sup>58</sup> § 2 da ErbbauRG: "Zum Inhalt des Erbbaurechts gehören auch Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten über: 1. die Errichtung, die Instandhaltung und die Verwendung des Bauwerks; 2. die Versicherung des Bauwerks und seinen Wiederaufbau im Falle der Zerstörung; 3. die Tragung der öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und Abgaben; 4. eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten, das Erbbaurecht beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen auf den Grundstückseigentümer zu übertragen (*Heimfall*); 5. eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Zahlung von Vertragsstrafen; 6. die Einräumung eines Vorrechts für den Erbbauberechtigten auf Erneuerung des Erbbaurechts nach dessen Ablauf; 7. eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen".

<sup>59</sup> RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Buch 3. *Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 41.

<sup>60</sup> PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 374.

<sup>61</sup> No Direito brasileiro não há um tipo de negócio jurídico como a *Auflassung*. Ela constitui um acordo de transferência da propriedade relativa a um imóvel, que segue a forma prevista no § 925 do BGB (JAYME, Erik; NEUSS, Jobst-Joachim. *Wörterbuch Recht und Wirtschaft*. Deutsch-Portugiesisch. 2. ed. München: C.H. Beck, 2013, t. 2, p. 20).

<sup>62</sup> INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. 231.



Outrossim, também existem outras formas de surgimento, como: a desapropriação (*Enteignung*), que sucede em função da legislação federal ou dos estados<sup>63</sup> e; a usucapião tabular (*Tabularersitzung*), conforme o § 900, 2 do BGB, que ocorre se a superfície ficou durante 30 anos erroneamente registrada no registro imobiliário e aquele que a registrou a possuiu durante esse tempo como se fosse sua, não se fazendo necessária a prova de boa-fé<sup>64</sup>.

A superfície é duplamente registrada no registro de imóveis, o que é feito no livro referente à propriedade do terreno e em um livro específico, atinente ao direito de superfície<sup>65</sup>. No registro imobiliário do imóvel gravado é feito o registro acerca da sua criação, extinção ou alteração de conteúdo, o que tem efeito constitutivo<sup>66</sup>. Tais atos devem ser realizados no local onde foi registrada a propriedade do terreno a ser onerado, sendo então evidente ser a circunscrição imobiliária do local do terreno a competente para o registro<sup>67</sup>.

Além disso, o conteúdo, a transferência e eventuais ônus sobre a superfície devem ser registrados em um livro específico, chamado *Erbbaugrundbuch*, conforme dispõe o § 14 da ErbbauRG. Seja como for, esse último registro não é constitutivo do direito, mas tão somente uma formalidade do registro imobiliário<sup>68</sup>.

## 14 Tratamento semelhante ao do direito de propriedade

O direito de superfície é um direito real (*dingliches Recht*) ao qual é dado um tratamento semelhante ao direito de propriedade imóvel<sup>69</sup>, com exceção das

normas atinentes à *Auflassung* (§ 11, 1 da ErbbauRG). Assim sendo, vigoram para a superfície, por exemplo, as regras sobre o regime patrimonial de bens entre os cônjuges (*ehelichen Güterrecht*) e as regras do direito das sucessões<sup>70</sup>.

O tratamento assemelhado ao direito de propriedade também leva à constrição da superfície, da mesma maneira que a propriedade, no decorrer de um processo judicial de execução (*Zwangsvollstreckung*). E não poderia ser diferente no que toca aos ônus, sendo admissível sua instituição sobre a superfície, ainda que se trate, conforme entendem parte da doutrina e o BGH, da constituição de outra superfície (superfície de segundo grau ou subsuperfície), ou seja, uma superfície onerando uma superfície (*Untererbbaurecht*)<sup>71</sup>.

Por fim, em caso de esbulho ou turbação, o superficiário, tal qual o proprietário, dispõe de pretensões para a proteção de seu direito, previstas nos §§ 985 e 1.004 do BGB (direitos de restituição e de abstenção de distúrbios).

## 15 Renda do direito de superfície (*Erbbauzins*)

O proprietário do imóvel gravado obtém uma contraprestação em dinheiro, relativamente moderada, conhecida como *Erbbauzins* (*solarium*), que é paga pelo superficiário. Tal remuneração é devida pelo fato de ter sido concedido o direito de superfície pelo proprietário do imóvel, que abriu mão de sua posse direta e da possibilidade de sua utilização (§ 9 ErbbauRG)<sup>72</sup>.

De acordo com a legislação alemã, tanto o montante como o prazo da *Erbbauzins* devem ser fixados antecipadamente, para toda a duração da superfície, o que certamente representa um risco para o proprietário do imóvel. Realmente, a necessidade de projeção dos valores a serem pagos (§ 9 ErbbauRG) pode ser um fator bastante complicado se houver instabilidade econômica, mesmo porque não existe na Alemanha o instituto da correção monetária<sup>73</sup>.

Na prática, no entanto, desenvolveram-se cláusulas obrigacionais de adequação, as quais

<sup>63</sup> DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1.401.

<sup>64</sup> RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 42.

<sup>65</sup> STÜRNER, Rolf. Verordnung über das Erbbaurecht. In: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 13. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2007, v. 15-1, p. 345.

<sup>66</sup> PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 375.

<sup>67</sup> VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 600.

<sup>68</sup> VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 600.

<sup>69</sup> RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 18.

<sup>70</sup> PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 375.

<sup>71</sup> PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 376.

<sup>72</sup> VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 601.

<sup>73</sup> PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 373.

possibilitaram o aumento e a redução da *Erbbauzins*, o que, por outro lado, passou a ameaçar o caráter social da superfície. Para contornar a situação, procurando-se assegurar o caráter social do instituto, foi introduzido o § 9a da ErbbauRG, que previu ser possível que se estabeleça, obrigacionalmente, a modificação da *Erbbauzins* para a sua adequação à alteração de circunstâncias. Aliás, no caso de elevação, o § 9a da ErbbauRG prevê restrições para a proteção do caráter social da superfície<sup>74</sup>.

Por derradeiro, vale observar que a obrigação de pagamento do *Erbbauzins* não é propriamente conteúdo do direito de superfície, mas um ônus em favor do proprietário do imóvel que a concedeu. Para que seja assegurada eficácia absoluta à remuneração a ser paga, é necessário seu registro como um ônus real (§§ 1.105 e ss do BGB)<sup>75</sup>.

## 16 Término do direito de superfície (*Beendigung des Erbbaurechts*)

### 16.1 Rescisão (*Aufhebung*)

O direito de superfície pode ser rescindido, conforme estabelece o § 875 do BGB, mas é necessária a declaração do superficiário no sentido de que está renunciando a seu direito, bem como o consentimento do proprietário do terreno (§ 26 da ErbbauRG)<sup>76</sup>.

O § 26 da ErbbauRG trata então de uma forma de extinção do direito de superfície através de um negócio jurídico, que depende da declaração de vontade do superficiário e do proprietário do terreno. Isso significa que a superfície, nessa hipótese, somente se extinguirá com a manifestação do proprietário do terreno, não tendo efeito jurídico uma renúncia apenas por parte do superficiário<sup>77</sup>.

Deve-se notar ainda que a rescisão não se confunde com uma condição resolutiva, mesmo porque, conforme o § 1,4 da ErbbauRG, não é permitida

a constituição de superfície na qual se estabeleça que o superficiário renunciará ao seu direito caso haja a ocorrência de determinadas condições<sup>78</sup>.

Em todo caso, deve-se observar que a declaração do superficiário pode ser emitida diante do registro imobiliário ou do proprietário do terreno. O consentimento do proprietário, que é irrevogável, é provado através de documento público ou com fé pública. Ademais, eventualmente também será necessário o consentimento de terceiros que tiverem outros direitos reais sobre a superfície, como um direito real de garantia (e.g. hipoteca)<sup>79</sup>.

Por fim, a extinção demanda seu registro no registro imobiliário, o que é feito tanto no livro onde está registrado o terreno (*Grundbuch*) como no livro especial de registro da superfície (*Erbbaugrundbuch*).

### 16.2 Extinção por decurso de prazo (*Zeitablauf*)

A superfície se extingue normalmente com o decurso de determinado prazo estabelecido no negócio jurídico<sup>80</sup>, matéria que é regulada pelos §§ 27 a 30 da ErbbauRG. Na prática, os prazos de contratação variam entre 30 e 100 anos, sendo muito comum a fixação do prazo de 99 anos<sup>81</sup>. Contudo, como não há um prazo limite estabelecido pela legislação<sup>82</sup>, entende-se que é possível sua contratação por prazo indeterminado (*ewiges Erbbaurecht*)<sup>83</sup>.

Decorrido o prazo, encerra-se a superfície automaticamente, sem necessidade de uma declaração de vontade específica. Com isso, a propriedade sobre

<sup>74</sup> OEFELE, Helmut Freiherr von. *Gesetz über das Erbbaurecht*. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1.506.

<sup>75</sup> VIEWEG, Klaus; WERNER, Almut. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 601.

<sup>76</sup> WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 42.

<sup>77</sup> RAPP, Manfred. *Gesetz über das Erbbaurecht*. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Buch 3. *Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, pp. 171-172.

<sup>78</sup> RAPP, Manfred. *Gesetz über das Erbbaurecht*. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Buch 3. *Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, pp. 171-172.

<sup>79</sup> RAPP, Manfred. *Gesetz über das Erbbaurecht*. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Buch 3. *Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, pp. 171-172.

<sup>80</sup> WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 42.

<sup>81</sup> PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 377.

<sup>82</sup> No Brasil, o direito de superfície, regulado pelo Código Civil, deve ser concedido por prazo determinado (art. 1.369 do CC). No Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), por outro lado, a concessão do direito de superfície poderá ser por tempo determinado ou indeterminado (art. 21).

<sup>83</sup> DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltskommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1.400.

a construção passa também automaticamente ao proprietário do terreno<sup>84</sup>.

Nesse contexto, em função do decurso do prazo, fica o registro imobiliário incorreto, sendo necessária a sua retificação (*Grundbuchberichtigung*). O proprietário do imóvel pode, conforme o § 894 do BGB, exigir o consentimento do superficiário para a regularização do registro imobiliário, caso o próprio superficiário não tenha já tomado tal medida (§ 22, 2 da Ordenança de Registro Imobiliário – *Grundbuchordnung* – GBO)<sup>85</sup>.

Extinta a superfície pelo decurso de prazo, cabe ao titular do direito de superfície, contra o proprietário do imóvel, uma pretensão legal ao pagamento de indenização (§ 27 I ErbbauRG)<sup>86</sup>. As partes podem deliberar, como conteúdo da superfície, acerca do valor da indenização ou sobre sua exclusão, o que terá eficácia real sobre o imóvel e sobre a superfície (§ 27, I, 2 da ErbbauRG). Na falta de referida disposição em sentido contrário, a própria obrigação legal de indenizar também terá a mesma eficácia<sup>87</sup>.

Ademais, para evitar o pagamento de indenização, o proprietário do terreno pode oferecer ao superficiário, antes do decurso do prazo, a possibilidade de prorrogação de seu direito pelo tempo de vida previsível da edificação. Em caso de recusa do superficiário, há então a extinção do dever de pagamento da indenização<sup>88</sup>.

Por derradeiro, o § 29 da ErbbauRG prevê ainda que o credor titular de um direito de garantia sobre a superfície, mesmo com o decurso do prazo da superfície, ainda se beneficia dessa garantia no que toca ao valor da indenização paga.

### 16.3 Reversão (*Heimfallrecht*)

A chamada reversão se distingue da extinção da superfície, pois nesse caso o superficiário está obrigado a transferir seu direito ao proprietário do terreno. Assim, não há propriamente extinção da superfície, cabendo ao proprietário do terreno decidir se depois

irá extinguir ou transferir a superfície a um terceiro<sup>89</sup>. Também não há extinção dos direitos reais de garantia (*Grundpfandrechte*) que oneram a superfície, permanecendo sua existência, desde que eles não caibam ao proprietário do terreno (§ 33 da ErbbauRG).

A reversão é acordada pelo proprietário do terreno e pelo superficiário (§ 2, 4 da ErbbauRG), como regra, já no momento em que a superfície é constituída. Trata-se de uma espécie de direito real de aquisição (*dingliches Erwerbsrecht*), que onera o direito de superfície e se liga inseparavelmente à propriedade do terreno (§ 3 da ErbbauRG)<sup>90</sup>.

As razões para a ocorrência da reversão podem ser acordadas livremente pelas partes, mas devem ter relação objetiva com o direito de superfície<sup>91</sup>. Nessa linha, o principal caso é o atraso no pagamento do *solarium* (*Erbbauzins*), mas a pretensão à reversão somente será cabível se pelo menos dois anos de *solarium* estiverem em atraso (§ 9 IV ErbbauRG)<sup>92</sup>. Outras hipóteses normalmente acordadas são o atraso na construção, a alteração não autorizada do uso, a negligência na manutenção, a insolvência do superficiário, bem como a morte do proprietário do terreno ou do superficiário<sup>93</sup>.

Com o preenchimento da pretensão de reversão, há a transferência da superfície e o superficiário perde a propriedade sobre a construção, que em regra ele mesmo construiu. Não é permitido ao superficiário, com a reversão ou com a extinção da superfície, a retirada da construção ou a apropriação de parte dela (§ 34 ErbbauRG). Em contrapartida, o superficiário tem uma pretensão de reembolso, senão o proprietário do terreno se enriqueceria às suas custas (§ 32 ErbbauRG)<sup>94</sup>.

Os valores são, como regra, fixados antecipadamente na contratação feita entre as partes (§ 32 I 2 ErbbauRG). É possível a exclusão da pretensão de

<sup>84</sup> INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. 309.

<sup>85</sup> INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. 309.

<sup>86</sup> WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007, p. 383.

<sup>87</sup> PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 377.

<sup>88</sup> WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007, p. 383.

<sup>89</sup> PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 377.

<sup>90</sup> WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007, p. 384.

<sup>91</sup> WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 43.

<sup>92</sup> PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 378.

<sup>93</sup> WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007, p. 384.

<sup>94</sup> PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 378.

reembolso em favor do superficiário, mas é raro isso ocorrer<sup>95</sup>.

#### 16.4 Destruição da edificação (*Untergang des Bauwerks*)

A destruição da edificação não causa a extinção do direito de superfície, matéria expressamente regulamentada pelo § 13 da ErbbauRG<sup>96</sup>. De fato, como se considera que o direito de superfície possibilita a construção de um edifício, não seria nenhuma condição jurídica a existência da edificação para o surgimento do direito de superfície<sup>97</sup>.

Por conseguinte, não existindo vinculação entre a existência da edificação e o direito de superfície, a destruição da primeira não leva à extinção do segundo.

### 17 Considerações finais

A superfície é um importante instrumento de política do solo, que infelizmente não tem encontrado grande utilização no Direito brasileiro. Os entes públicos podem, através dela, promover a urbanização e o aproveitamento de bens públicos dominicais (terras estatais sem uso), mesmo porque muitas vezes o Poder Público, apesar de possuir patrimônio, não tem recursos para a sua utilização, em especial quando se trata de edificação.

Nesse contexto, a superfície, ao lado dos tradicionais contratos de concessão ou de comodato, muito difundidos quando um ente público autoriza outro ente público a edificar em terreno de sua propriedade, bem como a utilizá-lo por determinado prazo, poderia ser uma opção à disposição daqueles que pretendem uma contratação com maior segurança, cujos efeitos jurídicos não são meramente obrigacionais, mas reais.

Ademais, na mesma senda, também é possível seu uso em empreendimentos particulares, nos quais, aqueles que vão realizar edificações em propriedade alheia, não pretendem estar garantidos por mera contratação, sendo muito mais segura a constituição de um direito real de superfície.

Por conseguinte, considerando essa análise do Direito alemão, parece-nos que no Brasil esse direito real precisa ser mais bem utilizado, o que permitirá, retomando mesmo suas origens romanas, seu emprego para uma mais adequada realização do princípio da função social da propriedade.

### Bibliografia

BALLIF, Alban. *Le droit de superficie. Eléments réels, obligations propter rem et droits personnels annotés*. Zürich: Schulthess, 2004.

BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015.

BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3.

INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001.

JAYME, Erik; NEUSS, Jobst-Joachim. *Wörterbuch Recht und Wirtschaft. Deutsch-Portugiesisch*. 2. ed. München: C.H. Beck, 2013, t. 2.

OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*. 5. ed. München: C.H. Beck, 2012.

OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, pp. 1.504-1.647.

PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014.

RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, pp. 1-210.

STÜRNER, Rolf. Verordnung über das Erbbaurecht. In: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 13. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2007, v. 15-1.

WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015.

WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007.

WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 30. ed. München: C.H. Beck, 2015.

<sup>95</sup> PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 378.

<sup>96</sup> § 13 ErbbauRG: "Das Erbbaurecht erlischt nicht dadurch, daß das Bauwerk untergeht".

<sup>97</sup> WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 44.



# Leitura jurisprudencial do direito à saúde

Carlos Tiago Silva Adaes\*

## Resumo

O presente artigo tem por escopo delinear as principais questões relativas ao direito à saúde na sua perspectiva de assistência terapêutica e a respectiva interpretação constitucional dada pela jurisprudência assentada pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Direito à saúde. Direitos fundamentais. Sistema Único de Saúde. Judicialização. Reserva do possível. Mínimo existencial. Solidariedade dos entes federativos. Atendimento integral. Ministério público.

## 1 Introdução histórica

Em 1988, foi proclamado um novo conceito de acesso à saúde. Com efeito, a atual Constituição Federal incorporou conquistas da civilização, ampliando o rol de direitos conferidos aos cidadãos, fato patente quando confrontada com as duas Cartas Magnas imediatamente anteriores.

De uma rápida leitura das Constituições de 1946 e 1967 defluiu o seguinte quadro: o título correspondente à declaração de direitos restringiu-se aos de 1ª geração (direitos e garantias individuais); a ordem econômica e social abarcou a proteção do trabalhador; a educação foi qualificada como direito de todos, e a cultura, como dever do Estado<sup>2</sup>. A defesa e a proteção da saúde, por sua vez, tiveram tímido tratamento consistente na competência legislativa da União (em concorrência supletiva/complementar com os estados), também vinculada a instituir um plano nacional de saúde, e na obrigatoriedade de assistência à maternidade<sup>3</sup>.

Na verdade, a previsão do direito à saúde propriamente dito restringia-se à determinada coletividade e era obtido mediante contribuição previdenciária (da União, do empregador e do empregado). O arranjo constitucional anterior garantia

aos trabalhadores a assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva<sup>4</sup>.

Assim, grande parte do direito à saúde estava alocado no sistema previdenciário, sendo a assistência médica aos trabalhadores com vínculo empregatício formal, servidores públicos e contribuintes autônomos prestada por programas da extinta autarquia: Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps)<sup>5</sup>.

Ressalvada a cobertura dos planos privados, em polo oposto estava a população carente assistida pelos serviços médico-assistenciais mantidos pelos poucos hospitais públicos, pelas entidades assistenciais beneficentes e pela Fundação Legião Brasileira de Assistência (LBA)<sup>6</sup>.

No entanto, com a redemocratização de 1988 e em decorrência do movimento de reforma sanitária<sup>7</sup>, o direito à saúde ganha nova perspectiva jurídico-constitucional. Ante a importante função redistributiva, houve o seu reconhecimento expresso, passando a compor a seguridade social, ao lado da previdência social. O tratamento pormenorizado é realçado pela previsão do acesso universal, integral e igualitário, tendo como destinatários até mesmo os não contribuintes.

Nesse contexto, a saúde foi consagrada como direito fundamental de todos, bem como dever prestacional do Estado, a ser garantido por meio de intervenções sociais que garantam sua promoção, proteção e recuperação. A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) ainda disciplinou que as políticas públicas de saúde estariam reunidas no Sistema Único de Saúde (SUS).

\* Carlos Tiago Silva Adaes, servidor público federal; bacharel em Direito (UCSAL) e especialista em Direito Aplicado ao Ministério Público (ESMPU).

<sup>2</sup> Vide arts. 141, 142, 143, 144, 157, 166 e 174 da Constituição de 1946; e arts. 150, 151, 158, 168 e 172 da Constituição de 1967.

<sup>3</sup> Vide arts. 5º, XV, b, 6º da Constituição de 1946; e art. 8º, XIV e XVII, c, § 2º, da Constituição de 1967.

<sup>4</sup> Vide art. 157, XIV, da Constituição de 1946; e art. 158, XV, da Constituição de 1967.

<sup>5</sup> Vide Lei 6.439, de 1º de setembro de 1977, e Lei 8.689, de 27 de julho de 1993.

<sup>6</sup> Vide Decreto-Lei 593, de 27 de maio de 1969, e Lei 6.229, de 17 de julho de 1975.

<sup>7</sup> "A VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, foi um dos acontecimentos relevantes dessa fase, já que as propostas políticas e as bases principiológicas ali apresentadas foram acolhidas pelo sistema constitucional atual." (MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Direito Sanitário*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2012, p. 22)

Sem, obviamente, menosprezar que o conceito de saúde é definido historicamente, e considerando a ampla gama de ações e serviços de saúde no campo de atuação do SUS<sup>8</sup>, o recorte feito no presente trabalho direciona-se à compreensão da assistência terapêutica, inclusive farmacêutica, na saúde pública atual.

Ressalte-se que o direito público subjetivo a uma prestação material estatal em saúde possui valor jurídico aberto, cabendo aos tribunais e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal (STF), em último plano<sup>9</sup>, precisar seu conteúdo.

Analisa-se, na sequência, os principais atributos e as atuais questões atinentes ao direito à saúde (judicialização da saúde pública, reserva do possível e mínimo existencial, solidariedade dos entes federativos, assistência terapêutica integral e atuação do Ministério Público), abordando a correspondente interpretação constitucional dada pela Egrégia Corte Suprema.

## 2 Direito fundamental à saúde

O direito à saúde, erigido à estatura constitucional já anteriormente garantida à educação e à cultura, vem, a partir de 1988, tombado pela relevância pública e insculpido na Lei Maior da seguinte forma: “A saúde é direito de todos e dever do Estado”; “São direitos sociais [...] a saúde”<sup>10</sup>. Dessa vez, a saúde e a previdência social compõem a seguridade social, compreendendo um conjunto integrado de ações de iniciativa do Poder Público.

Nota-se que o amadurecimento histórico-democrático exigiu um novo catálogo de direitos fundamentais, abrangendo direitos sociais, dentre os quais se inclui o direito à saúde.

Pois bem, a doutrina constitucionalista, destacadamente, reporta os direitos fundamentais ao postulado da dignidade da pessoa humana. Naturalmente, o direito à saúde constitui elemento necessário à concretização desse fundamento basilar da República Federativa do Brasil<sup>11</sup>, e mesmo do direito à vida<sup>12</sup>. Assim, foi atribuído ao direito à saúde

a categoria jurídica de direito fundamental, com expressa previsão na Constituição formal, uma vez que a garantia desse direito é necessária à preservação da condição humana digna.

Como cediço, não basta garantir a mera positivação constitucional para se concretizar tal direito, já que o direito à saúde não tem a concepção clássica de defesa ou de liberdade (direitos individuais – 1ª geração). De fato, por exigir uma atuação estatal para ser concretizado, visando a suprir necessidades e reduzir desigualdades, o direito à saúde é marcado pela função prestacional (direitos sociais – 2ª geração). Desse modo, efetiva-se por meio de uma postura ativa do Estado, que deve garantir a prestação material em saúde.

Na esteira das premissas do novo Estado Democrático de Direito (previsão de direitos fundamentais), a Constituição de 1988 dispôs que o direito à saúde seria garantido na forma nela previsto (art. 6º): implementado pelo Estado mediante políticas públicas concretizadoras de ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196).

Há de se ponderar, dessarte, que o direito à saúde foi disciplinado, de modo indubitável, como um verdadeiro direito público subjetivo. Nesse particular, a Corte Máxima reconhece a saúde como direito público subjetivo, tendo por correspondência política pública idônea<sup>13</sup>.

Garantiu-se uma prerrogativa prestacional material de natureza indisponível<sup>14</sup> aos cidadãos, posição jurídica que é oponível ao Estado. Em suma, criou-se uma relação jurídica obrigacional pela qual o indivíduo é credor do direito fundamental à saúde e o Estado é o devedor dessa condição material, tida por essencial à vida digna.

Consequentemente, não foi sem propósito que a Lei 8.080/1990 (Lei do SUS) dispôs que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (art. 2º, caput).

Noutro giro, é importante sublinhar que, muito embora esteja capitulado no Título VIII da Constituição Federal de 1988, o concomitante acolhimento no rol dos direitos fundamentais garantiu ao direito à saúde um atributo especial. Isso porque, ao contrário do caráter programático que em regra permeia as normas

<sup>8</sup> Vide art. 200 da Constituição Federal de 1988; e art. 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

<sup>9</sup> Vide art. 102, caput, da Constituição Federal de 1988.

<sup>10</sup> Vide arts. 6º e 196 da Constituição Federal de 1988.

<sup>11</sup> Vide art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

<sup>12</sup> STF: RE 271.286 AgR/RS.

<sup>13</sup> STF: RE 393.175 AgR/RS.

<sup>14</sup> STF: RE 716.777 AgR/RS, RE 271.286 AgR/RS.

constitucionais da ordem social, a Carta Magna fixou a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º).

Aliás, ainda que o direito à saúde, na perspectiva do art. 196 da Lei Fundamental de 1988, seja caracterizado como norma programática, admitir sua inaptidão para a produção de efeitos, “apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significa negar a força normativa da Constituição”<sup>15</sup>.

Por tudo isso, a melhor exegese constitucional ilustra que o direito à saúde tem capacidade de produzir efeitos jurídicos de modo direto e integral, independentemente de complementação legal. Essa potencialização se coaduna, de modo inequívoco, com o princípio interpretativo da máxima efetividade das normas constitucionais.

Ante a essa autoaplicabilidade, assevera-se que o acesso universal e igualitário e o atendimento integral às ações e aos serviços públicos de saúde (arts. 196 e 198, II, CF/1988) não têm eficácia dependente, tampouco podem ser contidos pela ordem infraconstitucional.

Na verdade, a intangibilidade de tal norma é tamanha que se veda até mesmo a sua abolição, porquanto, sendo cláusula pétrea (art. 60, § 4º, CF/1988), compõe o núcleo irreduzível da Constituição Federal de 1988 (rigidez constitucional).

Ainda que autossuficiente como direito subjetivo, o direito à saúde e as respectivas políticas públicas foram regulamentadas pela Lei 8.080/1990. O normativo, sob o filtro constitucional, reproduziu que a saúde pública é prestada pelo Sistema Único de Saúde, composto por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público. A iniciativa privada participa em caráter complementar, mediante contrato de direito público ou convênio<sup>16</sup>.

Quanto à disciplina das políticas públicas, o art. 197 da Constituição Federal especificou que cabe ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços públicos de saúde. Já a Lei 8.080/1990 dispôs sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como sobre a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. O Decreto 7.508, de 28 de junho de 2011, por sua

vez, regulamentando o normativo anterior, fixou a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa.

Por fim, cabe frisar que toda a legislação que compõe o microsistema jurídico da saúde, principalmente no tocante à prestação dos serviços públicos correspondentes, deve ser interpretada sob o filtro da Constituição Federal, objetivando a preservação da vida e a afirmação do fundamento da dignidade da pessoa humana. Afinal, é a proteção jurídica que decorre do autêntico direito fundamental à saúde.

### 3 Judicialização da saúde pública

A CF/1988 preconizou, em seu art. 2º, que os Poderes (o Legislativo, o Executivo e o Judiciário) são independentes e harmônicos e, como não poderia deixar de ser, o direito à saúde e as respectivas políticas públicas convivem com tal divisão das funções estatais.

Ora, é indeclinável que a constitucionalização do direito à saúde não dispensa correspondente integração legal, função típica do Poder Legislativo. No ponto, à guisa de exemplificação, o Congresso Nacional confeccionou normativos legais, quais sejam: Lei 8.080/1990, Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, e Lei 8.212, de 24 de julho de 1991. Por seu turno, coube ao Poder Executivo a respectiva regulamentação (Decreto 7.508/2011 e portarias do Ministério da Saúde) e a execução de ações e serviços, visando a garantir as políticas públicas de saúde.

Em princípio, não compete ao Judiciário avaliar as opções adotadas pelos demais Poderes quanto às políticas públicas. Isso porque se reconhece margem de discricionariedade do Poder Público para a escolha dos meios de efetivação dos direitos sociais fixados no texto constitucional, até por conta da legitimidade democrática (eleição dos agentes públicos).

Nessa medida, os Poderes Executivo e Legislativo exercitam importante função concretizadora da justiça social distributiva adotada pela República Federativa do Brasil, cujos objetivos fundamentais foram fincados no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

Ocorre que essas respectivas funções típicas (legislativa e executiva) não são desempenhadas de modo absoluto e irrestrito. Ou seja, os direitos fundamentais, como pilares do Estado Democrático de Direito, e sendo superiores e anteriores ao próprio Poder Constituído (fruto da vontade do poder constituinte originário), têm primazia sobre

<sup>15</sup> STF: STA 175 AgR/CE.

<sup>16</sup> Vide arts. 198 e 199 da Constituição Federal de 1988; c/c art. 4º da Lei 8.080/1990.

os atos infraconstitucionais dos poderes instituídos (supremacia da Constituição).

Ademais, não se desvencilhando da sua historicidade, entende-se que os direitos fundamentais há um piso democrático a ser considerado, sob pena de atuação insatisfatória dos Poderes na observância dos preceitos constitucionais. E quando essa essência da Constituição não é observada pelos Poderes Constituídos, gerando lesão a direitos, é certo que cabe a provocação do Poder Judiciário, “como última trincheira da defesa dos direitos fundamentais”<sup>17</sup>.

A propósito, o resguardo da ordem jurídica é função típica do Judiciário, podendo ser exercida inclusive em face dos demais Poderes. O art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental conduz à certeza de que não se pode afastar do controle judicial a violação a direito fundamental, que deve ter sua aplicabilidade imediata assegurada mediante providência assecuratória e suficiente ao amparo da saúde.

O sistema de controle mútuo entre os Poderes estatais permite ao Judiciário, por exemplo, o controle de constitucionalidade de leis (lembre-se que a elaboração legislativa é função típica do Poder Legislativo). Com equivalente razão, poderá suprir inadimplência ou insuficiência de política pública pertinente ao direito fundamental à saúde, ante a sua proclamada essencialidade aos cidadãos.

No ponto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vaticina que as políticas públicas são sindicáveis, não podendo o Judiciário se demitir do encargo de tornar efetivos os direitos sociais. O Ministro Celso de Mello, há dez anos, já prestava os seguintes ensinamentos com maestria, no seguinte *leading case*:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...], pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...] É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável

ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (STF – ADPF 45 MC/DF, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 29.4.2004)

Observa-se que o posicionamento da Corte quanto à discussão judicial de políticas públicas abrange até mesmo as normas de caráter programático, que não podem se traduzir em promessa constitucional inconsequente<sup>18</sup>.

Arelado a isso, o debilitado cenário do Sistema Único de Saúde (falta de zelo nas prioridades, malversação na aplicação das verbas públicas, complexidade burocrática, precariedade dos serviços e instalações) já revela que, nesses mais de vinte anos, as opções legislativas e executivas estão sendo insuficientes para oferecer uma assistência terapêutica universal e integral aos cidadãos, na forma anotada na Lei Maior.

Como guardiã da Constituição, a Suprema Corte não compactua com opção governamental que desvalorize a sua funcionalidade (fenômeno da erosão da consciência constitucional), e que venha a aniquilar a supremacia das prioridades fixadas:

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. (STF – RE 581.352 AgR/AM, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, Julgamento: 29.10.2013)

Tal panorama impulsiona o atual aumento das ações judiciais nessa seara, tanto para suprir omissões de políticas públicas (administrativas e legislativas), como para efetivação daquelas já previstas.

Cabe registrar, por oportuno, que o ativismo judicial relacionado ao direito à saúde é compatível

<sup>17</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Editora JusPodivm, 5. ed., 2011, p. 618.

<sup>18</sup> STF: RE 716.777 AgR/RS.

com o sistema de controle recíproco. Isso porque, ao contrário da estrita separação, o constitucionalismo contemporâneo recomenda a preservação da harmonia e do equilíbrio entre os Poderes Constituídos, razão pela qual o direito à saúde pode ser tutelado judicialmente se inertes os Poderes Competentes<sup>19</sup>.

Na verdade, uma vez positivado na Constituição Federal de 1988, os ditames de justiça social estão a exigir uma verdadeira efetivação do direito fundamental à saúde, o qual, como vimos, é corolário do direito à vida. Avulta-se, dessa maneira, o papel do Judiciário como instrumento dessa transformação social, objetivando concretizar o desiderato constitucional atinente ao acesso universal e integral aos serviços públicos de saúde.

A respeito da suposta violação do princípio da separação dos Poderes (alegação genérica geralmente veiculada pela advocacia pública), o STF tem reiterado<sup>20</sup> que o Poder Judiciário

[...] pode determinar que a Administração Pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde, dever do Estado, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes [...]<sup>21</sup>.

Cabe acrescentar que os argumentos relativos ao *déficit* democrático do Poder Judiciário são insuficientes a obstar o exercício da função jurisdicional na seara das políticas públicas. Isso porque não há, nem mesmo para os agentes políticos eleitos, discricionariedade na efetivação ou não dos direitos fundamentais fincados na Constituição com prioridade absoluta, mas apenas conveniência e oportunidade na definição dos meios para atingi-los. Ou seja, não há abertura para, após a decisão política fundamental de 1988, uma postura estatal omissiva/insuficiente consistente em um não fazer em saúde.

Pelo contrário, frise-se que nem mesmo a vontade da maioria dos cidadãos poderá legitimar atitude governamental ofensiva ao mínimo existencial à vida digna presente no direito à saúde. Desse modo, a ausência de participação direta da população no Judiciário não se revela insurgência legítima para restringir o controle judicial de políticas públicas.

Conclui-se, destarte, que a judicialização da saúde pública, consubstanciada na excepcional transferência ao Judiciário da efetivação de direitos sociais, não revela interferência indevida nas funções dos demais Poderes, principalmente quando se trata de cumprimento de políticas públicas já formuladas pelo SUS<sup>22</sup>. Aliás, Weichert (2010) ressalta o efeito pedagógico das decisões judiciais, sublinhando que

[...] talvez o crescimento no número de demandas produza até efeito colateral favorável, pois provoca a aproximação desses agentes políticos e impõe a mútua compreensão de seus papéis e deveres [...]<sup>23</sup>.

Assim sendo, é inconteste que “o Princípio da Separação dos Poderes não pode ser utilizado para obstar um direito social reconhecido pela Constituição Federal (arts. 6º e 196)”<sup>24</sup>. Pelo contrário, rememorando-se que a saúde é direito fundamental do cidadão e dever do Estado, os tribunais devem sim estar abertos a demandas corretivas de lesão ou ameaça de lesão a esse bem jurídico indisponível.

#### 4 Reserva do possível e mínimo existencial

Considerando a nova concepção do papel do Estado brasileiro, coube a este garantir a todos os cidadãos o direito fundamental à saúde.

Sucedem que as políticas públicas necessárias para a sua concretização demandam disponibilidade financeira. Afinal, os direitos em geral, principalmente os sociais, têm um custo de realização. Nesse contexto, temos as carências infinitas dos cidadãos quanto às prestações materiais caminhando ao lado da escassez de recursos públicos para implantá-las.

A Teoria da Reserva do Possível vem orientar que o Poder Público somente tem capacidade de atuar na medida da sua disponibilidade orçamentária. Diante dessa reconhecida limitabilidade econômica, defende-se que há certa discricionariedade do administrador na eleição dos meios mais eficazes para perseguir o bem comum, bem como na distribuição dos recursos disponíveis.

No tema, o STF reconhece que os direitos de segunda geração, exigindo prestações positivas, depen-

<sup>19</sup> STF: SS 3724/CE.

<sup>20</sup> STF: STA 175 AgR/CE, AI 809.018 AgR/SC, RE 642.536 AgR/AP, RE 700.227 ED/SC, AI 829.984 AgR/RO, AI 809.018 AgR/SC.

<sup>21</sup> STF: RE 762.242 AgR/RJ.

<sup>22</sup> STF: ARE 740.800 AgR/RS, SS 3724/CE.

<sup>23</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. “O direito à saúde e o princípio da integralidade”. In *Direito da saúde no Brasil* (Organizadora: Lenir Santos). Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 141.

<sup>24</sup> STF: AI 734.487 AgR/PR.



dem de dispêndio financeiro do Estado, e até aceita que a reserva do possível possa ser fator impeditivo à realização dos direitos, considerando a sua natural onerosidade. Não obstante, a escusa à obrigação positiva somente é justificada se a impossibilidade financeira insuperável for demonstrada objetiva e pormenorizadamente, consoante assentado nos termos seguintes, *in verbis*:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, *comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política*. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (STF – ADPF 45 MC/DF, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 29.4.2004, sem grifo no original)

Pondere-se, pelo visto, que

[...] o Poder Público precisa esgotar todas as possibilidades de esforços de economia, para só então justificar a não realização do dever de promoção dos direitos sociais em decorrência de limitações financeiras [...]”<sup>25</sup>.

Avançando no tema, cabe obtemperar que, mesmo sendo possível a aplicação objetiva da reserva do possível, pela demonstração exaustiva da incapacidade financeira do Poder Público (por meio de planilhas contábeis), ainda assim deverá haver sua compatibilização com o mínimo existencial.

Em regra, as contingências decorrentes da escassez de recursos podem lastrear a aplicação da reserva do financeiramente possível. Acontece que, como já mencionado, os direitos fundamentais formam um dos pilares da República Federativa do Brasil, consubstanciando-se num mínimo existencial à vida digna, efetivação da qual o Estado não poderá se desincumbir. Não bastasse isso, “vida, dignidade e saúde formam a tríade que garante o exercício dos demais direitos”<sup>26</sup>.

Aqui, cabe assentar que a jurisprudência da Corte tem associado o mínimo existencial à hipossuficiência do cidadão, que, no caso concreto, deve comprovar que carece de condições econômicas para financiar a atividade curativa. Desse modo, a responsabilidade do Estado está umbilicalmente vinculada à demonstração da necessidade da prestação terapêutica e da impossibilidade de suportar o seu custeio com recursos próprios<sup>27</sup>, sob pena de não se configurar a essencialidade do direito.

Retomando o discurso, destaque-se que a dignidade da pessoa humana, base do direito à saúde, é um dos fundamentos do Estado<sup>28</sup>, não podendo ser sonogada por suposta discricionariedade administrativa. Ora, os recursos públicos devem ser canalizados pelo gestor para o alcance dos interesses estabelecidos na Constituição Federal como de primeira ordem. Por esse motivo, como ensina a doutrina mais abalizada, “não cabe, pois, falar-se em vontade política quando estão em jogo direitos essenciais (vida, saúde, educação etc.)”<sup>29</sup>.

Aliás, é imperioso ressaltar que o direito à saúde nem mesmo é passível de renúncia pelos seus titulares, porque é considerado inato ao ser humano (irrenunciabilidade dos direitos fundamentais). Daí, não é necessário muito esforço para compreender que esse bem jurídico também não estará à disposição do Estado. Para o STF a saúde é bem jurídico indisponível e indissociável do direito à vida<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> SANTOS, Lenir. “Direito à saúde e qualidade de vida. Um mundo de corresponsabilidades e fazeres.” In *Direito da saúde no Brasil* (Organizadora: Lenir Santos). Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 23.

<sup>27</sup> STF: RE 705.275 AgR/RS, RE 716.777 AgR/RS, ARE 774.391 AgR/RJ, ARE 744.170 AgR/RJ, STA 211/RJ, SS 3345/RN, SS 3355/RN.

<sup>28</sup> Vide art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

<sup>29</sup> MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. Op. cit., p. 116.

<sup>30</sup> TF: RE 271.286 AgR/RS.

<sup>25</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. Op. cit., p. 130.

Do exposto, tem-se que, em regra, os gastos públicos primeiramente devem alcançar o mínimo existencial e o remanescente, sim, ser direcionado para atendimento de outros interesses não essenciais. Assim, a prestação material em saúde, fazendo parte do núcleo constitucional intangível, não pode sucumbir a outras necessidades estatais de menor grandeza, como vultosas despesas com publicidade e correlatos.

Ademais, registre-se, ante a sua inteira pertinência, que tais argumentos tornam insubsistente a tese de que a judicialização do acesso à saúde acaba por comprometer o funcionamento do Sistema Único de Saúde.

Geralmente, a advocacia pública defende que a discussão judicial de questões afetas ao direito à saúde resulta numa universalização excludente, com grave lesão à ordem pública<sup>31</sup>. As razões para tanto seriam as consequências do direcionamento dos recursos públicos para atendimento da necessidade de alguns (atomização de demandas na Justiça – microjustiça) em detrimento do atendimento da coletividade por meio das políticas públicas previstas pelo SUS (macrojustiça).

Acontece que as ações e serviços públicos de saúde não devem disputar recursos públicos entre si (macrojustiça x microjustiça), mas sim com outras áreas sem primazia constitucional, obtendo as dotações orçamentárias suficientemente compatíveis com a sua relevância pública.

Por isso é que as supostas escolhas trágicas na definição de projetos de efetivação de direitos sociais perde o sentido quando se percebe que as decisões alocativas indicam direcionamento de volume considerável de recursos públicos para necessidades humanas secundárias, ou mesmo absurdas (ex: compras de coroas de flores, coquetéis, obras de arte, picolés, doces do sabor chocolate ao leite, conhaques e cinzeiros com pedestal)<sup>32</sup>.

Obviamente, essa ausência de razoabilidade na eleição das prioridades alocativas torna-se mais patente se considerado que a Lei Fundamental atribui relevância pública expressamente apenas, e tão somente, às ações e aos serviços públicos de saúde (art. 197).

Daí a constatação de que a efetivação dos direitos sociais e, em especial, do direito à saúde, não pode ser obstada por despesas públicas em searas não essenciais. Ou melhor, longe da questão da reserva do possível, a insuficiência de recursos para atendimento do direito à saúde, acolhido constitucionalmente há mais de duas décadas, acaba sendo decorrente da eleição de prioridades não fundamentais pelo gestor público.

Enfim, não se menospreza a existência de normas de planejamento financeiro e orçamentário a que o Estado deve se adequar: disposições constitucionais, leis orçamentárias e planos plurianuais. Nada obstante, as normas de direito financeiro e a teoria da reserva do possível, referindo-se a manifesto interesse público secundário, não podem ser utilizadas como subterfúgio para as escolhas alocativas do administrador e legislador incompetentes e descompromissados com os direitos fundamentais e com a justiça social.

Ressalte-se em último plano que, mesmo superadas as ilustrações supracitadas, ainda que reste eventual dilema entre o direito fundamental à saúde e o interesse financeiro do Estado, a Suprema Corte privilegia a inviolabilidade do primeiro, o qual é traduzido como um dever constitucional impostergável<sup>33</sup>.

Pelo quadro exposto, não se nega que os recursos públicos são insuficientes para atender todas as obrigações constitucionais impostas ao Estado. Porém, a reserva do possível, apesar do razoável fundamento econômico, não tem sido escusa legítima para frustrar a primazia constitucional dada aos direitos fundamentais, mínimo vital que abarca o acesso universal e integral aos serviços públicos de saúde.

## 5 Solidariedade dos entes federativos

É bem verdade que o modelo federativo de Estado foi adotado pela Constituição Federal de 1988, marcado pela “convivência de um governo nacional com governos constitucionalmente autônomos em níveis subnacionais”<sup>34</sup>. A formatação do Estado federal brasileiro foi, verticalmente, assim dividida na Constituição Federal: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> STF: SS 3355/RN, SS 2944/PB.

<sup>32</sup> À guisa de exemplificação, a notícia veiculada no sítio eletrônico do Jornal ATarde: “Força Aérea vai comprar 3 mil picolés para o lanche”. Disponível em: <<http://atarde.uol.com.br/brasil/noticias/forca-aerea-vai-comprar-3-mil-picoles-para-o-lanche-1585613>>. Acesso em: 21/04/2014.

<sup>33</sup> STF: RE 393.175 AgR/RS, RE 716.777 AgR/RS.

<sup>34</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 12.

<sup>35</sup> Vide arts. 1º, *caput*, e 18, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Assim, na Carta Magna restou fixada a descentralização política, a qual registra a fragmentação do poder entre os entes citados, característica peculiar das federações.

Interpretando a Constituição Federal em sua unidade normativa, verifica-se que a inteligência das disposições acerca do direito à saúde e da competência estatal estão a indicar uma evidente solidariedade entre os entes federativos no tocante à responsabilidade pelas respectivas políticas públicas<sup>36</sup>.

Com efeito, numa interpretação sistemática, a competência material para as políticas públicas de saúde é do Estado em sentido amplo, o que resulta numa solidariedade obrigatória entre os entes da Federação. Paralelamente, o reforço da competência municipal em saúde, no art. 30 da Constituição Federal, foi apropriado para indicar a necessidade de cooperação técnica e financeira dos demais entes.

Portanto, considerando as normas constitucionais afetas ao assunto, não é possível obter interpretação que subverta o esquema político-administrativo do Estado (princípio da justeza ou da conformidade funcional). Isto é, o sistema de repartição de competências revela, num verdadeiro federalismo de cooperação, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem atuar de modo comum/concorrente na consecução das políticas públicas, concretizando o sistema de saúde, que é único.

Na mesma toada, o voto do Ministro Gilmar Mendes, no STA 175 AgR/CE, *verbis*:

A competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta do Art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde. (STF – STA 175 AgR/CE, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, Julgamento: 17.3.2010)

Mais uma vez, reforce-se que assegurar a proteção à saúde

[...] representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão

institucional em que este atue no plano de nossa organização federativa [...]”<sup>37</sup>.

Esse raciocínio ainda é corroborado pela expressão “dever do Estado” do art. 196 da CF/1988, que sinaliza para um sentido genérico de Poder Público, abrangendo a totalidade das esferas federativas. A Lei 8.080/1990, na mesma linha, preceitua, no art. 7º, XI, que o SUS tem como princípio a

[...] conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população [...].

A propósito, a previsão de um Sistema Único de Saúde composto por uma rede regionalizada e hierarquizada com diretriz de descentralização não é capaz de modificar esse quadro solidário. Isso porque a própria ideia de sistema dá ensejo a uma rede integrada, em verdadeira comunhão de esforços, que se completa na garantia à população do acesso universal e integral à saúde.

A diretriz de regionalização do SUS perpassa pela ramificação das unidades competentes para as ações e serviços de saúde (demarcação das regiões de saúde). A hierarquia, por seu turno, garante a organização funcional do sistema de acordo com os níveis de complexidade (baixa, média e alta).

A melhor interpretação, no ponto, é aquela que associa a regionalização e a hierarquia ao princípio da eficiência da atuação estatal, objetivando o melhor equacionamento dos escassos recursos públicos em acordo com a demanda e complexidade da prestação. Afinal, a oferta dos serviços públicos essenciais deve ser distribuída geograficamente, garantindo-se a “universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência”<sup>38</sup>.

Ainda cabe referência à diretriz constitucional de descentralização, que representa a não concentração da direção do Sistema Único de Saúde numa única esfera de governo. Firma-se uma gestão compartilhada da rede interfederativa visando a facilitar o acesso aos serviços, quadro que é resultante da recente transição democrática que se opôs ao antigo regime centralizador. Ou seja, é perceptível que todos os entes devem contribuir, conjuntamente, com as respectivas

<sup>36</sup> Vide arts. 23, II, 24, XII, 30, V e VII, 196 e 198, I, da Constituição Federal de 1988.

<sup>37</sup> STF: RE 271.286 AgR/RS, RE 716.777 AgR/RS.

<sup>38</sup> Art. 7º, II, Lei 8.080/1990.



instâncias diretas únicas, para as ações e serviços públicos de saúde.

Nesse diapasão, novamente o Ministro Gilmar Mendes, na relatoria do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE, Tribunal Pleno, Julgamento em 13/03/2010, prelecionou, *ipsis litteris*:

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único. (...)

Após refletir sobre as informações colhidas na Audiência Pública – Saúde e sobre a jurisprudência recente deste Tribunal, é possível afirmar que, em matéria de saúde pública, a responsabilidade dos entes da Federação deve ser efetivamente solidária. (grifo nosso)

A regulação infraconstitucional assinala a descentralização como meta progressiva de municipalização das atividades de saúde. Regulamentando essa programação, a Lei 8.080/1990, além de pontuar a “ênfase na descentralização dos serviços para os municípios” (art. 7º, IX, a), fixou repartição de funções aos entes federativos nos arts. 16 a 19.

Veja-se que essa disciplina não determina o quinhão de responsabilidade dos entes, mas apenas indica a diretriz de municipalização como forma de capilarizar o atendimento universal. Sem dúvida, a previsão de descentralização é reflexo do processo de redemocratização do Estado, que pugnava por uma maior aproximação entre os cidadãos e os serviços sociais de saúde.

Considerando a ascendência jurídica das supracitadas normas constitucionais, a compreensão que se deve ter é no sentido de que a divisão não é de competência, mas sim administrativo-burocrática, restrita às relações internas do SUS.

Demais disso, é o quadro que decorre dos foros de negociação entre gestores (Comissões Intergestores Tripartite e Bipartite), que definem os aspectos operacionais entre os entes federativos no âmbito do SUS<sup>39</sup>. O ápice da pactuação se dá com o acordo de colaboração para a organização da rede interfederativa

de atenção à saúde. No Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde, firmado entre os entes federativos, há a definição de suas responsabilidades com a finalidade de organizar e integrar as ações e serviços de saúde<sup>40</sup>.

Adite-se que as Comissões Intergestores também negociam as responsabilidades de cada ente quanto à Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename) e quanto à Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (Renases)<sup>41</sup>.

De fato, há a necessidade de se evitar duplicidade de políticas entre os entes por intermédio do gerenciamento de funções, até como forma de preservação da eficiência administrativa (apuração das necessidades dos usuários, investimentos em saúde, economia em escala e redução de desperdícios).

Sem embargo, não é possível conceber que essa otimização quanto a aspectos operacionais possa ser utilizada para isenção de atendimento num sistema caracterizado pela unicidade e pela concatenação de esforços dos entes federativos.

Ressalte-se, ademais, que os acordos internos entre os entes federativos (ex: Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde) não possuem densidade normativa suficiente para obstar a oponibilidade do direito subjetivo à saúde a todos os componentes do Estado, consoante foi disposto na Constituição Federal de 1988.

Aliás, a própria Lei 8.080/1990 prevê a requalificação da gestão financeira quanto aos recursos do SUS, quando dispõe acerca do “ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo” (art. 35, VII). Por mais essa razão, não deve prevalecer, por exemplo, a rotineira insurgência das municipalidades quando acionadas para fornecimento de medicamentos de alto custo, já que a ausência de recursos orçamentários, ao menos teoricamente, não é suficiente para desconstituir o direito à saúde pleiteado.

Observe-se que o raciocínio contrário à solidariedade na prestação do direito à saúde, inclusive, pode levar à seguinte situação absurda: isenção de responsabilidade assistencial de determinado ente federativo quanto ao cidadão não qualificado como usuário das ações e serviços ofertados pela respectiva *Região de Saúde*<sup>42</sup>. Ora, é óbvio que num sistema de

<sup>39</sup> Vide art. 14-A da Lei 8.080/1990.

<sup>40</sup> Vide arts. 2º, II, e 32 a 36 do Decreto 7.508/2011.

<sup>41</sup> Vide arts. 24 e 27 do Decreto 7.508/2011.

<sup>42</sup> Vide art. 2º, I, do Decreto 7.508/2011.

saúde único lastreado pelo princípio de universalidade e igualdade do acesso não se admite tal quadro.

Ante tais regras, permanece a obrigação de atuação prestacional cooperativa e integrativa quando insuficiente o serviço pelos demais entes, não sendo possível ao Poder Público *lato sensu* eximir-se dos encargos enumerados na Lei Maior com fundamento em regulamentação infraconstitucional, ou mesmo em instrumentos contratuais intergestores.

Isso porque a divisão de competências, traduzida em repartição de poder, é matéria constitucionalmente reservada, não sendo possível a sua rearticulação por lei, regulamentos ou negócios jurídicos entabulados entre os entes federativos.

No STF há entendimento consolidado de que há solidariedade no funcionamento do Sistema Único de Saúde, especialmente no que tange ao fornecimento de medicamentos essenciais e de assistência médica e cirúrgica.

Vários são os precedentes<sup>43</sup> que sublinham a incumbência linear de todas as esferas do Estado em

[...] prestar assistência à saúde da população, nos termos do art. 196 da Constituição Federal de 1988, configurando essa obrigação, consoante entendimento pacificado na Corte, responsabilidade solidária entre os entes da Federação [...]<sup>44</sup>.

Sendo assim, tem-se que o caráter solidário das ações positivas de saúde faculta ao titular do direito fundamental a escolha do ente federativo a ser demandado. Logo, o pleito em saúde pode ser direcionado a quaisquer deles, não havendo necessidade de todas as pessoas políticas do Estado federal brasileiro serem réus em lides sanitárias (litisconsórcio passivo facultativo)<sup>45</sup>. Demais disso, o chamamento ao processo de ente que não compõe relação processual é considerado medida meramente protelatória, que não traz utilidade ao processo<sup>46</sup>.

Cumprido advertir, ainda, que, quando demandada, a União aduz como entrave jurídico que o seu papel de coordenador do sistema resulta em ilegitimidade passiva, asseverando que a atribuição para execução

direta de ações e serviços em saúde seria dos demais entes, principalmente dos Municípios.

Acontece que, além das razões jurídicas supracitadas, as quais indicam que a competência constitucional em saúde tem natureza cooperativa, é possível perceber que, ao contrário do que se alega, a esfera federal também presta diretamente ações e serviços de saúde por intermédio dos hospitais universitários e institutos nacionais (Inca e INC), todos integrantes do Sistema Único de Saúde (arts. 41 e 45 da Lei 8.080/1990).

Na prática, a municipalização deve ser encarada como uma meta de capilarização não atingida, tanto que o Ministério da Saúde ainda acolhe em sua estrutura regimental instituições que executam políticas públicas de saúde<sup>47</sup>.

Além disso, a descentralização somada a hierarquização, em verdade, resulta na transferência da execução dos serviços de saúde aos demais entes, quando prestados de modo insuficiente (subsidiariedade). E, ainda que o SUS não disponha de cobertura assistencial em razão da insuficiência das suas disponibilidades para determinada localidade, a lei prevê, em último plano, a recorrência aos serviços ofertados pela iniciativa privada<sup>48</sup>.

À luz do expendido, deduz-se que as normas constitucionais pugnam que todos os componentes da República Federativa do Brasil, de modo solidário, articulado, interdependente e num verdadeiro sistema único, cuidem, defendam e promovam a saúde.

## 6 Assistência terapêutica integral

Estabelecidas as premissas e após a demonstração de que o direito à saúde foi albergado a partir da Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, componente do mínimo existencial dos indivíduos, o qual pode ser tutelado judicialmente em face de todos os entes federativos que compõem o SUS, passa-se ao ponto fulcral do presente artigo.

Consoante delineado anteriormente, o atual sistema de seguridade social em saúde é resultante da solidariedade nacional, uma vez que, financiado por toda a sociedade, promove ações àqueles que necessitam independentemente de contrapartida

<sup>43</sup> STF: STA 175 AgR/CE, SL 47 AgR/PE, AI 808.059 AgR/RS, RE 665.764 AgR/RS, RE 575.179 AgR/ES, RE 716.777 AgR/RS, ARE 738.729 AgR/RS, RE 626.382 AgR/RS, ARE 741.566 AgR/RS.

<sup>44</sup> STF: RE 756.149 AgR/RS.

<sup>45</sup> STF: RE 705.275 AgR/RS, RE 716.777 AgR/RS, ARE 738.729 AgR/RS, RE 586.995 AgR/MG.

<sup>46</sup> STF: RE 607.381 AgR/SC.

<sup>47</sup> Vide arts. 22, V, e 23, V, Anexo I, do Decreto 8.065, de 7 de agosto de 2013.

<sup>48</sup> Vide art. 24, *caput*, da Lei 8.080/1990.

contributiva. O princípio da universalidade corrobora o caráter gratuito desse serviço público essencial.

Pois bem, inicialmente, é sobremodo importante ponderar que o conceito de direito à saúde acompanha o mesmo atributo elástico da definição do seu objeto protegido: a saúde. Além de evoluir historicamente, ambos são diretamente afetados pela organização social e econômica do País. Nesse particular, tem-se que a amplitude da saúde e do correspondente direito à saúde estão em constante mutação, o que qualifica o bem jurídico como dinâmico.

Por outro lado, é certo que a saúde tem como determinantes e condicionantes, dentre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, etc. A alargar o campo de compreensão, destaque-se que as ações de saúde abarcam muito mais que o mero combate às patologias: há garantia de condições de bem-estar físico, mental e social<sup>49</sup>.

Também não há dúvidas de que a saúde entrelaça-se com diversas áreas, tanto que a Carta Magna prevê para o SUS um rol aberto de atribuições: controle de medicamentos, vigilância sanitária e epidemiológica, saneamento básico, desenvolvimento científico, alimentos, meio ambiente, etc<sup>50</sup>.

Apesar do extenso rol de condicionantes, o *direito à saúde* deve ser demarcado de modo restritivo, sob pena de o SUS, numa perspectiva fluida, ser obrigado a invadir a competência de outros órgãos estatais autônomos. Por imperativo lógico, mesmo que possa influenciar políticas públicas de outras áreas, não será exigível do Sistema Único de Saúde o fornecimento de alimentos, moradia ou saneamento, bens jurídicos que gozam de proteção jurídica e políticas públicas mais específicas.

Retomando a perspectiva aqui esposada, é clarividente que o direito fundamental à saúde está substancialmente ligado à prestação terapêutica estatal: assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas<sup>51</sup>.

No tema, é imperioso ressaltar que a Lei Fundamental disciplinou que as ações e os serviços públicos de saúde têm por diretriz o “atendimento

integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” (art. 198, II).

Considerando que o Estado é o provedor do pleno exercício do direito fundamental à saúde, a Lei nº 8.080/1990, sob o prisma constitucional, conceituou a integralidade da assistência:

[...] como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema [...] (art. 7º, II).

O quadro normativo supracitado revela que a efetivação do direito fundamental à saúde deve abranger integralmente todas as necessidades específicas (individuais ou coletivas), e perpassa pela singularização da promoção, proteção e recuperação da saúde. Considera-se que fatores variáveis demandarão medicamentos e/ou procedimentos terapêuticos mais adequados e eficazes a cada caso, independentemente de custo econômico (onerosidade), tempo de tratamento (cronicidade da doença), especialidade médica ou grau de complexidade.

Nesse diapasão, cumpre assinalar que,

[...] em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a providência devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão [...]<sup>52</sup>.

Por tudo isso, tem-se que o direito à saúde exige assistência pública integral condizente com a carência preventiva e curativa pertinente a cada caso concreto.

Com espeque no art. 19-M, I e II, da Lei do SUS, a assistência terapêutica integral consiste na dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, bem como na oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar.

A princípio, visando a obter eficácia e segurança na assistência integral em acordo com as melhores e comprovadas técnicas científicas de diagnóstico e tratamento<sup>53</sup>, a dispensação de medicamentos e produtos de interesse da saúde e a oferta de procedimentos terapêuticos foram condicionados às

<sup>49</sup> Vide art. 3º, *caput* e parágrafo único, da Lei 8.080/1990.

<sup>50</sup> Vide art. 200 da Constituição Federal.

<sup>51</sup> Vide art. 5º, III, da Lei 8.080/1990.

<sup>52</sup> STF: STA 175 AgR/CE.

<sup>53</sup> “A elaboração de listagens impulsiona a melhoria da qualidade da atenção à saúde, a economia de recursos públicos, a transparência, a impessoalidade e a eficiência da gestão administrativa.” (DANTAS, Nara Soares; SILVA, Ramiro Rockenbach da. Medicamentos excepcionais. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 29)

diretrizes definidas em prévios protocolos clínicos e tabelas elaboradas pela gestão do SUS<sup>54</sup>.

A Lei 8.080/1990 (art. 19-N, II) define o conceito de protocolo clínico e diretriz terapêutica, os quais acabam por delimitar o atributo da integralidade da assistência em saúde.

Nessa mesma linha de burocratização da assistência em saúde, o Decreto 7.508/2011 preceituou mais dois documentos diretivos de atuação do SUS. Em seu art. 21, previu a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (Renases), que compreende todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade da assistência à saúde. Por seu turno, no art. 25, dispôs sobre a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), a qual compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS.

A regra, em vista disso, é a de que o titular do direito fundamental à saúde seja atendido pelo Sistema Único de Saúde em acordo com os esquemas terapêuticos previamente fixados, os quais preveem os medicamentos e produtos apropriados à cura eficaz de enfermidades. Com efeito, a justificativa para tanto foi ventilada no seguinte acórdão, sublinhando a corrente da “Medicina com base em evidências”, *ipsis verbis*:

Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente. (STF – STA 175 AgR/CE, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, Julgamento: 17.3.2010)

Assim sendo, de logo resta afastada eventual faculdade do paciente escolher os tratamentos e/ou medicamentos que entende serem devidos ao seu caso (na forma prescrita por profissional da medicina), pelo menos em princípio.

Todavia, malgrado tais esquemas terapêuticos colaborem para uma atuação mais uniforme dos agentes do SUS num país de dimensões continentais, inclusive garantindo uma previsibilidade de gastos para o sistema e até mesmo a segurança dos pacientes,

é certo que há casos em que a vinculação a essas diretrizes deve se dar de modo relativo.

Isso porque, como já levantado, a assistência integral assegura ao cidadão o tratamento mais adequado e eficaz ao caso concreto, o que exige uma necessária individualização da assistência em saúde, prerrogativa jurídica que é incompatível, muitas vezes, com os rígidos e/ou desatualizados padrões terapêuticos do Sistema Único de Saúde.

Ademais, é importante sublinhar que a definição de protocolos clínicos leva em consideração inclusive a relação custo/efetividade da prestação em saúde: “avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas”<sup>55</sup>.

Há, de fato, forte pressão da indústria (principalmente farmacêutica) para incorporação de novas tecnologias, o que justifica, de certo modo, a cautela administrativa, que objetiva otimizar os gastos públicos. Acontece que, em razão de peculiaridades clínicas de cada caso, a listagem oficial certamente poderá ser insuficiente para a cura de determinadas enfermidades, o que desnatura eventual entrave ante a essencialidade do direito fundamental à saúde.

À guisa de exemplificação, seguem algumas razões suficientes a possibilitar ao Judiciário a quebra de protocolo, bem como a adequar o tratamento terapêutico à necessidade específica de cada indivíduo: novas práticas decorrentes da evolução da medicina (desenvolvimento científico e tecnológico); incompatibilidade entre paciente e medicamento/tratamento (resistência e intolerância); agravamento do quadro clínico (perda de eficácia); efeitos colaterais (reações adversas); minimização do sofrimento e aumento de sobrevida; prevenção de riscos; condições genéticas; doenças raras; medicamentos de alto custo.

Não se pode olvidar que a Lei 8.080/1990 preconizou alternativas para tais situações de falta de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, ou para casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha. Para tanto, admitiu, na falta de protocolo, a possibilidade da dispensação com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores do SUS<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Vide arts. 19-M e 19-N da Lei 8.080/1990.

<sup>55</sup> Vide art. 19-Q, § 2º, II, da Lei 8.080/1990.

<sup>56</sup> Vide arts. 19-O e 19-P da Lei 8.080/1990.

Mesmo considerando eventuais saídas (também burocráticas), ainda assim haverá casos em que o Estado não disponibilizará a integralidade da assistência terapêutica em razão da ausência de tratamento/ medicamento alternativo, ou mesmo de providência em saúde específica para combater determinadas patologias em razão da raridade ou do alto custo.

Enfim, a própria evolução da medicina corrobora a tese aqui esposada, dado que o Estado (Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS<sup>57</sup>) não consegue, na mesma velocidade do avanço científico, incorporar novos medicamentos, produtos, tratamentos ou procedimentos.

Confirmando a provável morosidade estatal, observe-se que há a previsão de prazo regimental do processo administrativo de 180 dias, prorrogável por mais 90 dias<sup>58</sup>, para incorporação de tecnologias novas no Sistema Único de Saúde, o que já se revela incompatível com a urgência de tratamento de algumas patologias. Não bastasse isso, a partir da publicação da decisão de incorporar tecnologia em saúde, ou protocolo clínico e diretriz terapêutica, as áreas técnicas terão prazo máximo de mais cento e oitenta dias para efetivar a oferta ao SUS<sup>59</sup>.

Por seu turno, foi fixado, para as Relações Nacionais de Medicamentos Essenciais e de Ações e Serviços de Saúde (Rename e Renases), que o Ministério da Saúde consolidará e publicará as atualizações apenas a cada dois anos<sup>60</sup>.

Desse modo, considerando especialmente o rápido desenvolvimento da ciência, o Judiciário não poderá descurar-se da apreciação jurisdicional acerca da integralidade da assistência terapêutica, quando a oferta de procedimentos e a dispensação de medicamentos previstos no modelo padrão do SUS não efetivem o direito à saúde no caso concreto.

Essa possibilidade excepcional de judicialização da saúde pública no tocante à integralidade da assistência, abarcando, inclusive, insurgência objetivando afastar padrão terapêutico fixado pelo SUS, possui guarida no Supremo Tribunal Federal:

<sup>57</sup> Vide art. 19-Q da Lei 8.080/1990; e Decreto 7.646, de 21 de dezembro de 2011.

<sup>58</sup> Vide art. 19-R da Lei 8.080/1990.

<sup>59</sup> Vide art. 25 do Decreto 7.646/2011.

<sup>60</sup> Vide arts. 22, parágrafo único, e 26, parágrafo único, do Decreto 7.508/2011.

[...] podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite a sua contestação judicial. (STF – STA 175 AgR/CE, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, Julgamento: 17.3.2010, grifamos)

Em outras palavras, a Suprema Corte admite a responsabilização estatal pelo fornecimento de tratamentos/medicamentos que não compõem a listagem daqueles que são fornecidos gratuitamente pelo SUS, especialmente por conta da intempestividade na atualização dos protocolos terapêuticos.

Ainda no ponto, cabe destacar que não se mostra razoável que ao Estado seja imputado o custeio de assistência terapêutica sem comprovação científica de eficácia ou de caráter experimental (pesquisa médica), o que inclusive é proibido por lei<sup>61</sup>. Entretanto, considerando a rápida evolução da medicina frente aos protocolos existentes, é possível que o Judiciário condene-o à prestação em saúde já disponibilizada pela iniciativa privada.

Com efeito, vale trazer à baila que a tese ora exposta foi reiterada pelo STF no mesmo julgado citado anteriormente:

Quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa.

Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do

<sup>61</sup> Vide art. 19-T da Lei 8.080/1990.



SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada.

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar. (STF – STA 175 AgR/CE, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, Julgamento: 17.3.2010)

Depreende-se, do exposto, que a fundamentação do direito à saúde requer que o Poder Público vele pela integralidade da assistência médico-terapêutica e farmacêutica, por meio de política pública idônea e suficiente a efetivar o acesso à prestação curativa necessária a cada situação. Constatada violação ao postulado constitucional indisponível, poderá o Judiciário suprir a insuficiência dos protocolos terapêuticos, com o fito de resguardar a vida digna.

No caso dos medicamentos excepcionais de alto custo (geralmente afetos às moléstias raras e crônicas), a reserva do possível, como vimos em tópico anterior, não se constitui objeção jurídica legítima para fundamentar a negativa de fornecimento pelo Poder Público.

Noutro giro, pode ser que a integralidade da assistência em saúde não se refira à discussão quanto à técnica terapêutica adequada à situação em concreto, mas sim à indisponibilidade de leitos e profissionais necessários ao tratamento do cidadão enfermo.

Configurado tal quadro de insuficiência da prestação em saúde, a sua promoção, proteção e recuperação deverá ser buscada na iniciativa privada. Nessa senda, a Constituição Federal, ante a relevância pública das ações e serviços de saúde, faculta que a assistência terapêutica seja executada (indiretamente) por intermédio de terceiros. O liame jurídico que efetiva a participação de forma complementar das instituições privadas de saúde é o contrato de direito público ou o convênio<sup>62</sup>.

Cabe mencionar o dispositivo pertinente:

Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o SUS poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada [...] <sup>63</sup>.

No ponto, segundo o Supremo Tribunal Federal, havendo impossibilidade de atendimento na rede pública (por inexistência de vaga, etc.), a gravidade da patologia e a urgência do tratamento, como nos casos de necessidade de intervenção cirúrgica, exigem que a prestação em saúde seja efetivada por instituições de saúde da rede privada sob custeio do Estado. Nesse sentido o seguinte precedente: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 677.280 – Distrito Federal, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma do STF, Julgado em 13 de novembro de 2012.

Ante o exposto, nota-se que o cidadão não pode ter seu direito à saúde mitigado pelo Estado, mediante a disponibilização de políticas públicas preventiva e reparadora incompletas. O atual contexto constitucional não permite que esse direito subjetivo tenha seu alcance restringido indevidamente pelos protocolos terapêuticos.

A saúde e o respectivo direito são dinâmicos, o que demanda a necessária adequação do seu conteúdo pelo Judiciário, que deve aplicar a lei atento aos fins sociais e às exigências do bem comum, objetivando reduzir as desigualdades sociais no caso concreto.

Enfim, o contexto probatório carreado às lides sanitárias dará (ou não) ao magistrado elementos de convicção acerca da ineficácia ou impropriedade da política pública, bem como da necessidade, adequação e aplicação de determinada assistência terapêutica.

Além da burocracia administrativa (listas prévias do SUS) poder ser afastada em razão do progresso científico, poderá ser prestada tutela jurisdicional em caso de incapacidade da rede pública, com o fito de que a iniciativa privada efetive a integralidade das prestações em saúde (fornecimento de tratamento, criação de leitos, custeio de medicamentos, realização de cirurgias e exames), sob custeio do Estado.

## 7 Atuação do Ministério Público

Inicialmente, com supedâneo na Constituição Federal de 1988, o Ministério Público (MP) foi reconhecido como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, tendo por incumbência

<sup>62</sup> Vide arts. 197 e 199, § 1º, da Constituição Federal de 1988; e art. 4º, § 2º, da Lei 8.080/1990.

<sup>63</sup> Art. 24, *caput*, da Lei 8.080/1990.

a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis<sup>64</sup>.

Dentre as funções institucionais, coube ao órgão especialmente as seguintes: zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção dos interesses difusos e coletivos<sup>65</sup>.

As atribuições conferidas ao *Parquet* consolidam a instituição como importante mecanismo de controle da efetivação do direito fundamental à saúde, o qual, consoante esposado anteriormente, constitui piso essencial democrático e um dos pilares do atual Estado Democrático de Direito.

Como a Lei Maior tombou as ações e serviços de saúde com o atributo da relevância pública, dificilmente será possível afastar do MP a atuação extrajudicial e judicial nessa seara, pois tem por finalidade proteger os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Nesse mesmo diapasão, a Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993, além de reproduzir os mandamentos constitucionais supracitados<sup>66</sup>, disciplina que o Ministério Público da União (MPU) deve zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos à seguridade social, que tem como componente a saúde. Ademais, o normativo, categoricamente, gizou que também cabe ao MPU zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e aos serviços de saúde<sup>67</sup>.

Pois bem, no Supremo Tribunal Federal está assentada a plena legitimidade ativa do *Parquet* para levar ao Judiciário postulação objetivando garantir a eficácia jurídico-social do essencial direito à saúde<sup>68</sup>. Registre-se o seguinte precedente da relatoria do Ministro Dias Toffoli, *verbis*:

Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo de molde a assegurar a concretização de direitos difusos,

coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. (STF – AI 674.764 AgR/PI, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, 1º Turma, Julgamento: 25.10.2011)

Com efeito, a interpretação constitucional do Egrégio Tribunal sobre a atuação do Ministério Público, inclusive na área da saúde, qualifica-o como verdadeiro órgão *defensor do povo*:

A atuação do Ministério Público em defesa de direitos e interesses metaindividuais, viabilizada, instrumentalmente, por meio processual adequado (a ação civil pública, no caso), que lhe permite invocar a tutela jurisdicional do Estado com o objetivo de fazer com que os Poderes Públicos respeitem, em favor da coletividade, os serviços de relevância pública (CF, art. 129, II), como se qualificam, constitucionalmente, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), legitima-se, plenamente, em decorrência da condição institucional de verdadeiro “defensor do povo” que é conferida ao “Parquet” pela própria Constituição da República. [...] Tenho para mim, desse modo, que se revela inquestionável a qualidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública objetivando, em sede de processo coletivo – hipótese em que estará presente “o interesse social, que legitima a intervenção e a ação em juízo do Ministério Público (CF 127 ‘caput’ e CF 129 IX)” (NELSON NERY JUNIOR, “O Ministério Público e as Ações Coletivas”, “in” Ação Civil Pública, p. 366, coord. por Édis Milaré, 1995, RT – grifei) –, a defesa de direitos impregnados de transindividualidade, porque revestidos de inegável relevância social (RTJ 178/377-378 – RTJ 185/302, v.g.), como sucede com o direito à saúde, que traduz prerrogativa jurídica de índole eminentemente constitucional. (STF – RE 581.352 AgR/AM, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, Julgamento: 29.10.2013)

Destarte, resta incontroversa a legitimidade ministerial para requerer dos Poderes Públicos constituídos, de modo impostergável, a efetivação dos serviços públicos necessários à promoção, proteção e recuperação da saúde.

Frise-se que a atribuição constitucional do *Parquet* abarca até mesmo a proteção de uma única pessoa<sup>69</sup>, considerada a dupla face do direito à saúde (social e individual indisponível). No mesmo sentido, o STF orienta:

O Ministério Público é parte legítima para ingressar em juízo com ação civil pública visando a compelir o Estado a fornecer medicamento

<sup>64</sup> Vide art. 127 da Constituição Federal de 1988.

<sup>65</sup> Vide art. 129, II e III, da Constituição Federal de 1988.

<sup>66</sup> Vide arts. 1º e 2º da Lei Complementar 75/1993.

<sup>67</sup> Vide art. 5º, V, a, da Lei Complementar 75/1993.

<sup>68</sup> STF: RE 581.352 AgR/AM.

<sup>69</sup> STF: AC 2.836 MC-QO/SP, RE 648.410 AgR/DF.

indispensável à saúde de pessoa individualizada [...]”<sup>70</sup>.

Como visto, a essencialidade desse direito fundamental constitui fundamento indisponível suficiente a subsidiar atuação do MP na reversão de ação governamental desviante, que represente obstáculo à concretização dos postulados constitucionais relativos ao acesso universal à saúde e à respectiva assistência terapêutica integral.

## 8 Conclusão

A virada constitucional de 1988 representou importante marco jurídico no tocante ao direito à saúde. Anteriormente, as políticas públicas em saúde estavam especialmente direcionadas a atender determinada parcela da população: contribuintes, trabalhadores. Na atualidade, passando a saúde a compor a seguridade social ao lado da previdência, ao Estado foi conferido o ônus de assegurar a todas políticas públicas idôneas, reunidas sob a rubrica do SUS, garantidoras de ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Também foi delineado que a evolução democrática resultou na necessidade de positivar conquistas civilizatórias, especialmente atinentes aos direitos sociais. Desse modo, o direito à saúde foi alçado à estatura constitucional sob a categoria jurídica de direito fundamental. A essencialidade dessa prerrogativa dos cidadãos em face do Poder Público é decorrente da sua indissociabilidade do direito à vida e do ideário da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, constitui fundamento da República Federativa do Brasil.

A natureza prestacional do direito à saúde exige algo mais do que a mera positivação constitucional: uma postura ativa do Poder Público (enfoque como dever fundamental), mediante políticas públicas concretizadoras de ações e serviços, para que haja efetivação material da saúde. O Supremo Tribunal Federal reconhece que o direito à saúde deve produzir efeitos jurídicos imediatos, pois a Constituição Federal possui força normativa.

Assentadas tais premissas, foi ventilado que não competiria, inicialmente, ao Judiciário avaliar questões afetas às políticas públicas. Nessa medida, ao Legislativo e Executivo competem, de modo primordial, a escolha dos meios necessários para efetivação dos direitos

sociais. Reconhece-se que, aqui, há certa margem de discricionariedade.

Acontece que, havendo descumprimento dos mandamentos constitucionais tidos por absolutamente prioritários (já que não há opção de não fazer ao administrador/legislador), o STF entende que restará ao Judiciário efetivar, no caso concreto, a justiça social distributiva contida no direito à saúde. Afinal, a prestação jurisdicional é missão institucional desse Poder, que inclui a incumbência de viabilizar a aplicabilidade imediata ao direito fundamental à saúde em face do Estado. Havendo judicialização da saúde pública, em razão da atuação estatal lacunosa, não se incorre, por conseguinte, em violação à separação dos Poderes.

Também em arremate, no que diz respeito aos reflexos do custo do direito prestacional à saúde, a Suprema Corte admite que a limitabilidade financeira possa obstar a sua efetivação pelo Estado, se a incapacidade for demonstrada objetivamente.

Sucedendo que a reserva do possível não poderá ser oposta ao mínimo existencial (condições mínimas de existência) caso não exauridas todas as possibilidades de economia para atender aos encargos constitucionalmente relevantes, como a saúde pública. Nessa senda, a alocação dos recursos públicos deve priorizar os bens jurídicos de primeira ordem, os quais formam um núcleo intangível e indisponível.

A tese da solidariedade dos entes federativos, por seu turno, é acolhida pacificamente no STF, em razão da competência constitucional comum e concorrente, posicionamento que reforça o pacto federativo fixado. Aliás, esse federalismo de cooperação em saúde indica que o direito do cidadão pode ser manejado em face da União, Estados, Distrito Federal e/ou Municípios, independentemente de distribuição operacional interna do SUS (contratos intergestores).

Sendo certo que o Judiciário poderá determinar aos demais poderes o cumprimento dos mandamentos constitucionais concernentes às políticas públicas de saúde, ainda foram pontuadas as soluções dadas pelo STF acerca do significado da assistência terapêutica integral. A ordem jurídica define-a como o conjunto de ações e serviços exigidos para cada caso, independentemente de complexidade, em acordo com os protocolos clínicos fixados pelo Sistema Único de Saúde.

Em resumo, o guardião da supremacia constitucional, numa interpretação teleológica em prol da preservação da vida, aceita, como exceção, a possibilidade de quebra dos padrões terapêuticos

<sup>70</sup> STF: RE 407.902/RS.



do SUS. Isso porque o atendimento integral deve abarcar os novos tratamentos decorrentes da evolução da medicina, com o fito de que a dispensação de medicamentos e a oferta de procedimentos de interesse da saúde atendam à cura eficaz de patologias.

Finalmente, foi possível concluir que o relevo dado ao direito à saúde na decisão política fundamental de 1988, com expressa relevância pública, conferiu ao Ministério Público missão institucional de combater a inoperância do gestor do SUS, zelando pelo compromisso constitucional, mesmo que para a defesa de direitos individuais indisponíveis.

## Referências

AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. *Coletânea de Normas para o Controle Social no Sistema Único de Saúde*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, *Diário Oficial da União* de 19 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 04/02/2014.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, *Diário Oficial da União* de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 04/02/2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, *Diário Oficial da União* de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22/01/2014.

BRASIL. Decreto 3.964, de 10 de outubro de 2001. Brasília, *Diário Oficial da União* de 11 de outubro de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/D3964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3964.htm)>. Acesso em: 26/01/2014.

BRASIL. Decreto 7.508, de 28 de junho de 2011. Brasília, *Diário Oficial da União* de 29 de junho de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm)>. Acesso em: 22/01/2014.

BRASIL. Decreto 7.646, de 21 de dezembro de 2011. Brasília, *Diário Oficial da União* de 22 de dezembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7646.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7646.htm)>. Acesso em: 24/03/2014.

BRASIL. Decreto-Lei 593, de 27 de maio de 1969. Brasília, *Diário Oficial da União* de 28 de maio de 1969. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/del0593.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0593.htm)>. Acesso em: 04/02/2014.

BRASIL. Lei 6.229, de 17 de julho de 1975. Brasília, *Diário Oficial da União* de 18 de julho de 1975. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6229impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6229impressao.htm)>. Acesso em: 04/02/2014.

BRASIL. Lei 6.439, de 1º de setembro de 1977. Brasília, *Diário Oficial da União* de 2 de setembro de 1977. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6439.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6439.htm)>. Acesso em: 04/02/2014.

BRASIL. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Brasília, *Diário Oficial da União* de 20 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 22/01/2014.

BRASIL. Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Brasília, *Diário Oficial da União* de 31 de dezembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm)>. Acesso em: 26/01/2014.

BRASIL. Lei 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília, *Diário Oficial da União* de 25 de julho de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>. Acesso em: 09/02/2014.

BRASIL. Lei 8.689, de 27 de julho de 1993. Brasília, *Diário Oficial da União* de 28 de julho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8689.htm)>. Acesso em: 04/02/2014.

BRASIL. Lei 9.313, de 13 de novembro de 1996. Brasília, *Diário Oficial da União* de 14 de novembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9313.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9313.htm)>. Acesso em: 17/03/2014.

BRASIL. Agravo Regimental na Suspensão Liminar 47/Pernambuco. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Julgamento: 17/03/2010. *DJ*: 30/04/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2252830>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/Ceará. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Julgamento: 17/03/2010. *DJ*: 30/04/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=175&classe=STA-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 734.487/Paraná. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgamento: 03/08/2010. *DJ*: 19/08/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=734487 &classe=AI-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 808.059/Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 02/12/2010. *DJ*: 01/02/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3919840>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 809.018 / Santa Catarina. Supremo Tribunal Federal – Primeira Turma. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento: 25/09/2012. *DJ*: 09/10/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=809018&classe=AI-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 829.984/Rondônia. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento: 14/05/2013. *DJ*: 08/08/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=829984&classe=AI-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286/Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 12/09/2000. *DJ*: 24/11/2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+271286+AgR+RS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qhqucpa>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 393.175/Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 12/12/2006. *DJ*: 02/02/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=393175&classe=RE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 575.179/Espírito Santo. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento: 23/02/2013. *DJ*: 07/05/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2586627>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352/Amazonas. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 29/10/2013. *DJ*: 22/11/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=581352&classe=RE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 586.995/Minas Gerais. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento: 28/06/2011. *DJ*: 16/08/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=586995&classe=RE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 607.381/Santa Catarina. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 31/05/2011. *DJ*: 17/06/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=607381&classe=RE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 626.382/Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento: 27/08/2013. *DJ*: 11/09/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/>

verProcessoAndamento.asp?incidente=3909255>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 642.536/Amapá. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 05/02/2013. *DJ*: 27/02/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=642536&classe=RE-Agr&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 648.410/Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento: 14/02/2012. *DJ*: 14/03/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=648410&classe=RE-Agr&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 665.764/Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento: 20/03/2012. *DJ*: 09/04/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4177145>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 705.275/Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento: 25/02/2014. *DJ*: 12/03/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4284194>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 716.777/Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 09/04/2013. *DJ*: 15/05/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=716777&classe=RE-Agr&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 756.149/Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento: 17/12/2013. *DJ*: 18/02/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/>

verProcessoAndamento.asp?incidente=4422984>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 762.242/Rio de Janeiro. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento: 19/11/2013. *DJ*: 16/12/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=762242&classe=RE-Agr&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 677.280/Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento: 13/11/2012. *DJ*: 05/12/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4215273>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 738.729/Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento: 25/06/2013. *DJ*: 15/08/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4378769>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 740.800/Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento: 03/12/2013. *DJ*: 12/12/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=740800&classe=ARE-Agr&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 741.566/Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento: 25/06/2013. *DJ*: 15/08/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4386245>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 744.170/Rio de Janeiro. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 26/11/2013. *DJ*: 03/02/1024. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=744170&classe=ARE-Agr&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30/05/2014.

e=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 774.391/Rio de Janeiro. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 18/02/2014. DJ: 26/02/1024. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4470757>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Embargo de Declaração no Recurso Extraordinário 700.227/Santa Catarina. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento: 23/04/2013. DJ: 26/04/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4272592>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 29/04/2004. DJ: 04/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Questão de Ordem na Medida Cautelar na Ação Cautelar 2.836/São Paulo. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento: 27/03/2012. DJ: 26/06/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2836&classe=AC-MC-QO&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Recurso Extraordinário 407.902/Rio Grande do Sul. Supremo Tribunal Federal. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 27/08/2009. DJ: 28/08/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=407902&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Suspensão de Segurança 2.944/Paraíba. Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie (Presidente). Julgamento: 17/08/2006. DJ: 17/08/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDeslocamento.asp?incidente=2388369>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Suspensão de Segurança 3.345/Rio Grande do Norte. Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie (Presidente). Julgamento: 13/09/2007. DJ: 19/09/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDeslocamento.asp?incidente=2545919>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Suspensão de Segurança 3.355/Rio Grande do Norte. Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie (Presidente). Julgamento: 30/10/2007. DJ: 08/11/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2547606>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Suspensão de Segurança 3.724/Ceará. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Julgamento: 20/04/2009. DJ: 27/04/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2656186>>. Acesso em: 30/05/2014.

BRASIL. Suspensão de Tutela Antecipada 211/Rio de Janeiro. Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie (Presidente). Julgamento: 15/04/2008. DJ: 22/04/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDeslocamento.asp?incidente=2595894>>. Acesso em: 30/05/2014.

CHEKER, Monique. "O delineamento das políticas públicas de saúde diante dos paradigmas fixados pela Constituição Federal de 1988", in *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, números 30/31, jan./dez. 2009, pp. 53-78.

CIARLINI, Álvaro. et al. *Direito sanitário em perspectiva (Organizadores: Sandra Mara Campos, Maria Célia Duare e Nicolau Dino Neto)*. Brasília: ESMPU, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. "O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", in *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva (Coordenadores: Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 244-260.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Editora JusPodivm, 5. ed., 2011.

DALLARI, Sueli Gandólf; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

DANTAS, Nara Soares; SILVA, Ramiro Rockenbach da. *Medicamentos excepcionais*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006.

GLOBEKNER, Osmir Antônio. *A saúde entre o público e o privado: o desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos*. Curitiba: Juruá, 2011.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Direito Sanitário*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2012.

MENDES, Gilmar. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Atlas, 2. ed., 2011.

SANTOS, Lenir. et al. *Direito da saúde no Brasil (Organizadora: Lenir Santos)*. Campinas: Saberes Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. et al. *Direito Sanitário (Organizadores: Felipe Asensi e Roseni Pinheiro)*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito Fundamental à Saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.





Presidência da República  
Casa Civil  
Subchefia para Assuntos Jurídicos

**Lei 13.257, de 08/03/2016.**

Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei 12.662, de 5 de junho de 2012.

Publicada no *DOU* de 09/03/2016.

**Lei 13.259, de 16/03/2016.**

Altera as Leis 8.981, de 20 de janeiro de 1995, para dispor acerca da incidência de imposto sobre a renda na hipótese de ganho de capital em decorrência da alienação de bens e direitos de qualquer natureza, e 12.973, de 13 de maio de 2014, para possibilitar opção de tributação de empresas coligadas no exterior na forma de empresas controladas; e regulamenta o inciso XI do art. 156 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

Publicada no *DOU* de 17/03/2016.

**Lei 13.260, de 16/03/2016.**

Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013.

Publicada no *DOU* de 17/03/2016.

**Lei 13.265, de 1º/04/2016.**

Altera as Leis 12.780, de 9 de janeiro de 2013, que dispõe sobre medidas tributárias referentes à realização, no Brasil, dos Jogos Olímpicos de 2016 e dos Jogos Paraolímpicos de 2016; e 10.451, de 10 de maio de 2002, para prorrogar a isenção de tributos incidentes sobre a importação de equipamentos e materiais esportivos.

Publicada no *DOU* de 04/03/2016.

**Lei 13.269, de 13/04/2016.**

Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.

Publicada no *DOU* de 14/04/2016.

### Decreto 8.695, de 21/03/2016.

Altera o Decreto 2.655, de 2 de julho de 1998, que regulamenta o Mercado Atacadista de Energia Elétrica e define as regras de organização do Operador Nacional do Sistema Elétrico, de que trata a Lei 9.648, de 27 de maio de 1998.

Publicado no *DOU* de 22/03/2016.

### Medida Provisória 713, de 1º/03/2016.

Altera a Lei 12.249, de 11 de junho de 2010, para dispor sobre o Imposto de Renda Retido na Fonte sobre a remessa de valores destinados à cobertura de gastos pessoais, no exterior, de pessoas físicas residentes no País, em viagens de turismo, negócios, serviços, treinamento ou missões oficiais, e dá outras providências.

Publicada no *DOU* de 02/03/2016.

### Medida Provisória 719, de 29/03/2016.

Altera a Lei 10.820, de 17 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento; a Lei 12.712, de 30 de agosto de 2012, e a Lei 8.374, de 30 de dezembro de 1991, para dispor sobre o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por embarcações ou por sua carga; e a Lei 13.259, de 16 de março de 2016, para dispor sobre a dação em pagamento de bens imóveis como forma de extinção do crédito tributário inscrito em dívida ativa da União.

Publicada no *DOU* de 30/03/2016.



## Corte Especial

### Agravo Regimental na Suspensão da Liminar

#### Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0027704-95.2015.4.01.0000/BA

Relator:	Desembargador Federal Presidente
Requerente:	Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Requerido:	Juízo Federal da 10ª Vara – BA
Autores:	Bianca Paixão Falcão e outros
Advogados:	Dra. Aline da Conceição Santos e outros
Agravante:	Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE
Publicação:	e-DJF1 de 1º/03/2016, p. 227

### Ementa

*Agravo regimental na suspensão de liminar. Não cabe agravo da decisão que indeferir a suspensão da segurança em mandado de segurança. Agravo regimental não conhecido. Fies. Falhas no SisFIES. Ordem judicial concedida para determinar a validação das inscrições realizadas pela internet. Não configurada grave lesão à ordem e economia públicas. Agravo regimental improvido.*

I. Não cabe agravo regimental contra decisão que indeferir o pedido de suspensão de execução da liminar e da sentença em mandado de segurança.

II. As alegações do agravante não são suficientes para infirmar ou ilidir as razões que fundamentaram a decisão impugnada.

III. Não restou demonstrado risco de lesão à economia e ordem públicas com a execução da liminar, que foi concedida para viabilizar a validação da inscrição dos autores no SisFIES realizada pela internet, que, por falhas do sistema, não puderam fazê-la.

IV. Ausente fato novo capaz de alterar os fundamentos da decisão guerreada.

V. Agravo regimental desprovido quanto às ações ordinárias e não conhecido quanto ao mandado de segurança.

### Acórdão

Decide a Corte, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental quanto às ações ordinárias e não conhecê-lo quanto ao mandado de segurança.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 18/02/2016.

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*, Presidente.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: —*  
Trata-se de agravo regimental interposto pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE contra decisão que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da tutela antecipada concedida nos autos das Ações Ordinárias 0013181-72.2015.4.01.3300, 0025716-85.2015.4.01.3800 e 00013180-87.2015.4.01.3300, e do Mandado de Segurança 2769-56.2015.4.01.3826.

Nos julgados, a tutela antecipada foi concedida pelos juízos de primeira instância, a fim de garantir aos autores a inscrição ou a revalidação de suas inscrições no SisFIES, realizadas após inúmeras tentativas, porém não efetivadas, uma vez que não houve a disponibilização da etapa de “validação das informações”.

Sustenta a agravante que a premissa que fundamentou a decisão atacada, que entendeu pela ocorrência de falhas no sistema, está equivocada.

Explica que a mensagem emitida pelo sistema do Fies nada mais é do que a informação de que o limite de financiamento reservado para a instituição havia se esgotado, não se tratando, pois, de um erro ou falha operacional.

Aduz que, após a finalização da inscrição, o estudante possui mera expectativa de direito, pois a disponibilidade orçamentária e financeira do Fies também é condição para a efetiva adesão ao programa.

Assevera que deve ser levado em conta ainda o efeito multiplicador da decisão guerreada, diante da possibilidade de multiplicação de medidas liminares com o mesmo objeto.

É o relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — A parte recorrente se insurge contra decisão que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida nos autos das Ações Ordinárias 0013181-72.2015.4.01.3300, 0025716-85.2015.4.01.3800 e 00013180-87.2015.4.01.3300, e do Mandado de Segurança 2769-56.2015.4.01.3826.

Inicialmente, destaco que, nos termos do art. 15 da Lei 12.016/2009 c/c § 6º do art. 6º do Regimento Interno deste Tribunal, não cabe agravo regimental da decisão que indeferir o pedido de suspensão da segurança em *mandado de segurança*.

As alegações do agravante, a meu ver, não são suficientes para infirmar ou ilidir as razões que fundamentaram a decisão ora impugnada, *verbis*:

Analisadas as alegações dos autores/impetrantes, e diante das demonstrações de falhas no sistema durante todo o período em que as inscrições estavam abertas, inclusive com a página “fora do ar”, a tutela antecipada foi concedida, a fim de garantir a inscrição ou a revalidação das inscrições realizadas após inúmeras tentativas, dia após dia. Apesar disso, em nenhuma dessas decisões houve determinação de efetivação dos financiamentos pretendidos, ou a reabertura do sistema, de modo indiscriminado, para a celebração de novos contratos, consoante afirma o requerente. [...] os problemas relacionados a falhas ou inoperação do SisFIES, amplamente divulgados pela imprensa nos diversos meios de comunicação, durante todo o período de inscrição,

seja para novas contratações de financiamento, seja para a realização de aditamento de contratos já em curso.

Tanto isso é verdade que, no dia 26/05/2015, o MEC anunciou em sua página da internet a prorrogação do prazo para conclusão do processo de renovação/aditamento dos contratos daqueles estudantes que já fazem parte do sistema. [...] Segundo divulgado pela imprensa, o Ministro da Educação anunciou que há expectativa de ‘uma nova reabertura de inscrições para novos contratos do Fies’, sendo razoável esperar que, mediante comprovação, o estudante que não conseguiu concluir sua inscrição até 29/03/2015 por falha no sistema tenham seus pedidos examinados, seguindo a linha de orientação do Supremo Tribunal Federal exposta no referendo da cautelar concedida na mencionada ADFP 341 e a previsão contida no art. 12 da Portaria Normativa MEC n. 21/2014, segundo o qual as novas regras para o Fies somente entrariam em vigor em 30/03/2015. [...] indefiro o pedido de suspensão das decisões proferidas nos autos das Ações Ordinárias 0013181-72.2015.4.01.3300, 0025716-85.2015.4.01.3800 e 0001975-52.2015.4.01.3600 e do Mandado de Segurança 2769-56.2015.4.01.3826. [...]

Das decisões da primeira instância, consta claramente que a tutela antecipada foi concedida em razão dos problemas enfrentados pelos estudantes, relacionados a falhas do SisFIES, vejamos:

[...] o óbice a continuidade do procedimento de adesão ao financiamento estudantil decorre apenas de problemas operacionais alheios a qualquer conduta dos autores [...] (decisão de fls. 27/33 - ação ordinária 0013181-72.2015.4.01.3300)

[...] Por essa última hipótese (falha no sistema), não poderão ser prejudicados estudantes que, como a autora, tentaram obter, dentro do prazo, o financiamento no SisFIES (conforme impressos de fls. 37/35 - acessos em 28/04/2015) [...] (decisão de fls. 111/113 - ação ordinária 0025716-85.2015.4.01.3800)

[...] verifico que de fato o impetrante logrou êxito na efetivação da inscrição junto ao Fies, obtendo o financiamento de 100% do curso, e pelo doc. de fls. 35/37 que não houve a validação pela instituição de ensino em razão de ser o valor repassado pelo Fies inferior ao que a faculdade pratica, o que tem impedido o estudante de concluir o processo de financiamento estudantil. (...) (decisão de fls. 274/277 - mandado de segurança 2769-56.2015.4.01.3826).

[...] notória a instabilidade dos sistemas informatizados que impossibilitam os estudantes de efetivarem, com segurança, sua inscrição no sistema. [...] (decisão de fls. 411/413 - ação ordinária).

*In casu*, não se trata de medida judicial para que os réus procedam à efetivação de financiamento ou reabertura do SisFIES de modo indiscriminado, nem

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian, Hilton Queiroz, Carlos Moreira Alves, I'talo Mendes, Daniel Paes Ribeiro, Maria do Carmo Cardoso, Neuza Alves, Kassio Marques, Néviton Guedes, Marcos Augusto de Sousa, João Luiz de Sousa, Gilda Sigmaringa Seixas e Jamil de Jesus Oliveira.

mesmo se discute limitação de crédito estabelecido pelo agente operador. A tutela antecipada foi concedida para viabilizar a validação da inscrição dos autores realizada pela internet, que, por falhas do sistema, não puderam fazê-la.

Não ficou demonstrado qualquer equívoco na decisão guerreada, mormente no que se refere à premissa equivocada em que se baseou o *decisum* agravado.

Além disso, não há que se falar em potencialidade de efeito multiplicador, uma vez que se trata de circunstâncias específicas debatidas em casos isolados.

Por outro lado, é preciso ter em mente que, na suspensão de segurança, a controvérsia deve limitar-se ao exame da potencialidade lesiva do ato decisório aos

bens jurídicos tutelados pela excepcional medida de contracautela, a fim de se evitar grave lesão à ordem, saúde, segurança e economia públicas, conforme disposto no art. 4º da Lei 8.437/1992.

Feitas tais considerações, é certo que não tem razão o agravante, pois ausente fato novo capaz de alterar os fundamentos da decisão guerreada.

Ante o exposto, tenho como válidos e pertinentes os argumentos expendidos na decisão atacada, ante a inexistência de grave lesão à ordem e economia públicas com a execução da liminar concedida na primeira instância, razão pela qual *nego provimento* ao agravo regimental quanto às ações ordinárias e *não o conheço* quanto ao mandado de segurança.

É o voto.

## Corte Especial

Petição 0041599-26.2015.4.01.0000/MT

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso  
 Requerente: Juízo Federal da 3ª Vara – MT  
 Requerido: Município de Aragarças – GO  
 Interessado: Estado de Goiás  
 Publicação: e-DJF1 de 15/04/2016, p. 4.177

## Ementa

*Constitucional. Petição. Alegação de descumprimento, pelo Município de Aragarças/GO, de ordem judicial emanada da Justiça Federal. Pedido de processamento de requisição de intervenção do Estado de Goiás no Município de Aragarças/GO. Competência do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás reconhecida. Declínio da competência.*

I. A intervenção é exceção ao regular exercício da atividade político-administrativa do ente federativo, que a exerce com autonomia em face do pacto federativo. Dessa forma, deve estar cercada das inarredáveis formalidades previstas na Constituição Federal para sua efetivação.

II. Por expressa previsão do art. 35, IV, da Constituição Federal, compete ao Tribunal de Justiça do Estado-membro de que faz parte o município, além do juízo prévio de admissibilidade, a obediência ao que dispõe o art. 36, II, da Carta Magna, que estabelece a necessidade de requisição do Supremo Tribunal Federal, quando a intervenção fundar-se em desobediência a ordem ou decisão judiciária.

III. Compete ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás examinar pedido de processamento da representação constitucional para fins de requisição de intervenção do Estado de Goiás no Município de Aragarças/GO, ainda que o ato ou a decisão judicial eventualmente descumprido emane da Justiça Federal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

IV. Declínio da competência em favor do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

## Acórdão

Decide a Corte, por unanimidade, declinar da competência em favor do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 17/03/2016.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

## Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — O Juízo da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso, nos autos do Processo 10134-05.2011.4.01.3600, solicita à Presidência deste Tribunal o processamento da representação constitucional para fins de requisição de intervenção do Estado de Goiás sobre o município que está descumprindo a ordem judicial (Aragarças/GO). Para tanto, encaminha cópia integral do referido processo.

Os documentos foram autuados como PET e distribuídos, inicialmente, para o Desembargador Federal Jirair Meguerian, na Terceira Seção, o qual determinou a oitiva do Ministério Público Federal, especialmente para que se manifeste quanto à competência deste Tribunal Regional Federal para decidir sobre requisição de intervenção de estado em município (CF, art. 35, IV).

Às fls. 958-961, consta parecer do Ministério Público Federal pela remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, o competente para apreciação do pedido de intervenção de município situado em seu território.

Por determinação da relatora convocada, Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (fl. 963), os autos foram redistribuídos ao presidente desta Corte, que, por meio do despacho à fl. 966, determinou: i) fossem solicitadas informações, no prazo de 15 dias, à autoridade municipal sobre o apontado descumprimento de decisão judicial; ii) que houvesse nova manifestação do Ministério Público Federal; iii) e, na sequência, a distribuição dos autos na Corte Especial.

Certidão, à fl. 972, anota o decurso de prazo sem manifestação do prefeito do Município de Aragarças/GO.

Nova manifestação do Ministério Público Federal ratifica o parecer já emitido (fl. 975).

É o relatório.

## Voto\*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Trata-se de representação formulada pelo Juízo da 3ª Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso para que

este Tribunal processe representação constitucional para fins de requisição de intervenção do Estado de Goiás no Município de Aragarças/GO.

O ilustre Procurador Regional da República Francisco Marinho emitiu parecer nos seguintes termos:

A controvérsia dos autos cinge-se na definição da competência para decidir sobre requisição de intervenção estadual em município, devido à inexecução de ordem judicial (art. 35, inciso IV, da CF).

Ab initio, cabe ressaltar que a intervenção consiste em supressão temporária da autonomia de determinado ente federativo, sendo via de exceção, a fim de garantir a unidade e preservação do Estado Federal e manutenção do Pacto Federativo.

No caso em questão, trata-se de pedido para que o Estado de Goiás intervenha no Município de Aragarças-GO, em virtude de inexecução de descumprimento de ordem judicial, prevista no art. 35, inciso IV, da Constituição Federal, in verbis:

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

[...]

IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

Por sua vez, o art. 36, inciso II, da CF/88, estabelece que, na hipótese de desobediência a ordem ou decisão judiciária, a decretação de intervenção dependerá de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral.

Acerca da questão da requisição de intervenção estadual em município no caso em comento, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que a intervenção estadual nos municípios reveste-se de caráter político administrativo e a competência para decidir sobre a requisição de intervenção de estado em município é do respectivo tribunal de justiça.

Nesse sentido, confira-se a seguir a ementa do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 343.461-3 proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal:

E M E N T A: AGRAVO DE INSTRUMENTO - INTERVENÇÃO ESTADUAL EM MUNICÍPIO - INEXECUÇÃO DE ORDEM JUDICIAL (CF, ART. 35, IV) - REQUISIÇÃO, AO GOVERNADOR DO ESTADO, DA EFETIVAÇÃO DO ATO INTERVENTIVO - NATUREZA MATERIALMENTE ADMINISTRATIVA DO PROCEDIMENTO DE INTERVENÇÃO - INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO SUPREMO

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Kassio Marques, Néviton Guedes, Marcos Augusto de Sousa, João Luiz de Sousa, Gilda Sigmaringa Seixas, Jamil de Jesus Oliveira, Jirair Aram Meguerian, José Amílcar Machado, Daniel Paes Ribeiro e João Batista Moreira.

TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO IMPROVIDO. - O procedimento destinado a viabilizar, nas hipóteses de descumprimento de ordem ou de sentença judiciais (CF, art. 34, VI e art. 35, IV), a efetivação do ato de intervenção - trate-se de intervenção federal nos Estados-membros, cuide-se de intervenção estadual nos Municípios - reveste-se de caráter político-administrativo, muito embora instaurado perante órgão competente do Poder Judiciário (CF, art. 36, II e art. 35, IV), circunstância que inviabiliza, ante a ausência de causa, a utilização do recurso extraordinário. Precedentes.

(AI 343461 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/06/2002, DJ 29-11-2002 PP-00029 EMENT VOL-02093-06 PP-01240)

Ademais, colaciona-se o seguinte aresto do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que trata de caso semelhante ao dos autos, verbis:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. INTERVENÇÃO FEDERAL NO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM DA CORTE DE JUSTIÇA. REQUISICÃO DE INTERVENÇÃO ESTADUAL NO MUNICÍPIO DE PELOTAS.

1. Pretende-se a definição do Tribunal competente para exame da Representação efetuada para fins de intervenção da União no Estado do Rio Grande do Sul, ante o descumprimento de ordem judicial emanada da Corte de Justiça - que requisitou a intervenção estadual no Município de Pelotas, nos termos do inc. IV, do art. 35, da CF - por parte da Sra. Chefe do Poder Executivo estadual.

2. Apenas o Órgão Especial do Tribunal de Justiça local possui legitimidade para proceder ao juízo prévio de admissibilidade do pedido de intervenção, na hipótese de descumprimento de suas próprias ordens ou decisões, antes de sua remessa ao Pretório Excelso, consoante disciplina o art. 218 do RITJRS. Precedentes.

3. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o suscitado.

(CC 98.922/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 07/04/2011)

Destarte, conclui-se que compete ao Tribunal de Justiça Estadual decidir sobre a requisição de intervenção federal no Estado de Goiás no Município de Aragarças-GO, em virtude de inexecução de ordem judicial.

A intervenção é exceção ao regular exercício da atividade político-administrativa do ente federativo, que a exerce com autonomia em face do pacto federativo. Dessa forma, sua efetivação deve estar cercada das inarredáveis formalidades previstas na Constituição Federal.

Além do juízo prévio de admissibilidade, que, no caso, compete ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por expressa previsão do art. 35, IV, da Constituição Federal — mesmo que a ordem ou a decisão judicial, eventualmente descumprida, emane da justiça federal — o processo de intervenção deve obediência aos ditames do art. 36, II, também da CF/1988, ou seja, submete-se a intervenção, na hipótese, à necessária requisição do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido — a par dos julgados citados no parecer transcrito, elucidativos por si da questão — convém transcrever a ementa do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Conflito de Competência 104.303/RS, em que decidiu pela competência do Tribunal de Justiça para processar a requisição de intervenção federal do estado em município, em caso de descumprimento de sentença trabalhista, isto é, oriunda da justiça federal especializada:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DO TRABALHO E TRIBUNAL ESTADUAL. REQUISICÃO DE INTERVENÇÃO FEDERAL POR DESCUMPRIMENTO DE ORDEM DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PROFERIDA EM OUTRO PEDIDO DE INTERVENÇÃO, DO ESTADO EM MUNICÍPIO, POR DESCUMPRIMENTO DE SENTENÇA TRABALHISTA.

1. É da competência do Tribunal de Justiça o processamento de requisição de intervenção federal no Estado, fundada em descumprimento de decisão do referido Tribunal, ainda que essa tenha sido proferida em pedido de intervenção do Estado em Município, por descumprimento de sentença trabalhista.

2. Também não é caso de competência originária do Supremo Tribunal Federal. A eventual submissão da requisição de intervenção ao STF deve ser precedida de juízo deliberatório de admissibilidade pelo Tribunal de Justiça, como faz certo o art. 19, I, da Lei 8.038/90.

3. Conflito conhecido, para declarar competente o Suscitado.

(CC 104.303/RS, rel. ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe de 1/10/2009 – sem grifo no original).

Ante o exposto, declino, para o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, da competência para examinar pedido de processamento da representação constitucional para fins de requisição de intervenção do Estado de Goiás no Município de Aragarças/GO.

É como voto.



## Primeira Seção

Numeração única: 0015582-94.2008.4.01.0000

Ação Rescisória 2008.01.00.015670-0/MG

Relator: Desembargador Federal Carlos Augusto Pires Brandão  
Autor: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Réu: Sebastião Bernardo de Andrade  
Publicação: e-DJF1 de 1º/03/2016, p. 236

### Ementa

*Constitucional e Processo Civil. Ação rescisória. Morte de uma das partes. Habilitação de sucessores. Duplicidade de ações envolvendo as mesmas partes, causa de pedir e pedido. Ofensa à coisa julgada (art. 485, IV, CPC). Pedido procedente.*

I. O óbito do réu no transcurso da rescisória enseja a citação pessoal da viúva, beneficiária da pensão por morte oriunda do benefício em litígio, na condição de sucessora processual (fl. 118-V), eis que é a única pessoa a quem aproveita esta ação judicial. Verificando-se que foi expressamente cientificada acerca da existência do litígio, apondo, inclusive, sua assinatura no Aviso de Recebimento (fl. 118-V), inexistente nulidade, consoante precedentes do STJ (AR 495/SP, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cuêva, 2ª Seção, DJe 31/05/2012).

II. Segundo a 1ª Seção deste TRF1, “Configura-se ofensa à coisa julgada, para fins de cabimento da ação rescisória prevista no art. 485, IV do CPC, quando o acórdão rescindendo ofende uma decisão transitada em julgado referente à mesma relação jurídica, na qual coincidem partes, pedido e causa de pedir.” (Ação Rescisória 0024834-82.2012.4.01.0000/MA, rel. convocado Juiz Federal Cleber José Rocha, julgado em 20/10/2015.)

III. Na data de 16/08/2006, transitou em julgado a sentença proferida no Processo 2004.38.00.725352, revisando os proventos de inatividade, na forma do pedido (fl. 49). Portanto, a última decisão proferida no bojo do Processo 0395.05.009802-3 – Remessa Necessária 2006.01.99.044981-4/MG, datada de 12 de setembro de 2007, ofendeu a coisa julgada (art. 301, §§1º e 2º, e art. 475, CPC).

IV. *Juízo rescindendo*: rescindir o acórdão expedito na Remessa *Ex Officio* 2006.01.99.044981-4/MG.

V. *Juízo rescisório*: extinguir o feito, sem resolução do mérito, nos termos do disposto no art. 267, inciso V, do Código de Processo Civil, condenando o ora réu ao pagamento de verba honorária.

### Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, extinguir o feito, sem resolução do mérito.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 16/02/2016.

Desembargador Federal Carlos Augusto Pires Brandão, relator.

### Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Augusto Pires Brandão: — Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo INSS contra Sebastião Bernardo de Andrade alegando, basicamente, a afronta à coisa julgada oriunda do Processo 2004.38.00.725352 (fls. 2-94).

Tutela antecipada deferida para suspender o curso da execução da Ação Ordinária 2004.38.00.725352-0/MG (fl. 95).

Certidão informou o falecimento do réu (fls. 102-103).

O INSS requereu a citação da viúva do réu, a Senhora Sebastiana Carvalho de Andrade, na condição de sucessora processual, por ser a beneficiária da pensão por morte decorrente da aposentadoria percebida pelo *de cujus* (fls. 106-109).

Muito embora tenha sido citada pessoalmente, a sucessora não ofertou contestação dentro do prazo legal (fls. 118-119).



OINSS peticionou pugnando pela desnecessidade de produzir provas na fase instrutória (fls. 120-123).

Prazo para alegações finais transcorreu *in albis* (fls. 124-126).

MPF manifestou-se pelo reconhecimento de ofensa à coisa julgada e procedência da ação rescisória (fls. 130-132).

É o breve relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Augusto Pires Brandão: — Inicialmente, cabe registrar que o réu faleceu. Verificado o óbito do réu, no curso da ação, o juízo determinou a citação na pessoa da viúva, beneficiária da sua pensão por morte. Ela foi expressamente cientificada acerca da existência da lide, apondo, inclusive, sua assinatura no Aviso de Recebimento (fl. 118-V).

Nessas circunstâncias, o STJ entende que

*A ausência de suspensão do processo e de instauração de procedimento de habilitação não gera nulidade do processo se o inventariante, representante do espólio, intervém no feito, operando a sucessão processual, nos termos do art. 43 do CPC (AR 495/SP, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cuêva, 2ª Seção, DJe 31/05/2012).*

Superada essa questão preliminar, adentra-se no mérito.

Na origem, o réu aposentou-se por tempo de serviço em 15 de junho de 1983 – NB 0749774207 (fl. 14). Visando promover a revisão do valor desse benefício, com a adoção dos índices ORTN/OTN, protocolou ação junto à 32ª Vara Federal de Minas Gerais (JEF) (fls. 10-48).

Paralelamente, as mesmas partes demandaram sobre a mesma relação jurídica — recálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de serviço (NB 0749774207), mediante a aplicação dos índices ORTN/OTN (fls. 62-91).

O art. 485, IV do CPC estipula que a sentença judicial de mérito transitada em julgado pode ser rescindida se ofender a coisa julgada. Segundo a 1ª Seção deste TRF1, “Configura-se ofensa à coisa julgada, para fins de cabimento da ação rescisória prevista no art. 485, IV do CPC, quando o acórdão rescindendo ofende uma decisão transitada em

ulgado referente à mesma relação jurídica, na qual coincidem partes, pedido e causa de pedir.” (Ação Rescisória 0024834-82.2012.4.01.0000/MA, Relator Convocado Juiz Federal Cleberson José Rocha, Julgado em 20/10/2015).

Segundo o §1º do art. 301 do CPC, a coisa julgada se verifica quando ocorre a reprodução de uma ação já ajuizada. E o § 2º explicita que “Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.

Na mesma toada, o art. 475 do CPC conceitua a coisa julgada como “a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Interpretando os dispositivos, o Professor Daniel Amorim Assumpção Neves leciona existir uma “função negativa da coisa julgada”, a qual grava de imutabilidade a decisão judicial, impedindo-a de sujeitar-se a rediscussão judicial:

A imutabilidade gerada pela coisa julgada material impede que a mesma causa seja novamente enfrentada judicialmente em novo processo. Por *mesma causa* entende-se a repetição da mesma demanda, ou seja, um novo processo com as mesmas partes (ainda que em polos invertidos), mesma causa de pedir (próxima e remota) e mesmo pedido (imediato e mediato) de um processo anterior já decidido por sentença de mérito transitada em julgado, tendo sido gerada coisa julgada material. O julgamento de mérito desse segundo processo seria um atentado à *economia processual*, bem como fonte de perigo à *harmonização dos julgados*. Na realidade, mesma que a segunda decisão seja no mesmo sentido da primeira, nada justifica que a demanda prossiga, sendo o *efeito negativo da coisa julgada* o impedimento de novo julgamento de mérito, independentemente do seu teor (Manual de direito processual civil. -4ª ed. ver., atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, pág. 535).

Constata-se que as Ações 2004.38.00.725352 e 0395.05.009802-3 abrangem a mesma relação jurídica, envolvem as mesmas partes e contem o mesmo pedido: *revisão da aposentadoria por tempo de contribuição, concedida antes da CF/1988 (NB 0749774207), mediante a correção dos 24 primeiros salários de contribuição anteriores aos 12 últimos, pela adoção dos índices da ORTN/OTN.*

Na data de 16/08/2006, transitou em julgado a sentença proferida no Processo 2004.38.00.725352, revisando os proventos de inatividade, na forma do pedido (fl. 49). Portanto, a última decisão proferida no bojo do Processo 0395.05.009802-3 – Remessa Necessária 2006.01.99.044981-4/MG, datada de 12 de

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais João Luiz de Sousa, Gilda Sigmaringa Seixas e Jamil de Jesus Oliveira e os Exmos. Srs. Juízes Federais Francisco Neves da Cunha e César Cintra Jatahy Fonseca (convocados).

setembro de 2007, afrontou o *efeito negativo da coisa julgada*, ofendendo-a.

*Dispositivo*

Ante o exposto:

*Juízo rescindendo:* Julgo procedente para rescindir o acórdão expendido na Remessa *Ex Officio* 2006.01.99.044981-4/MG;

*Juízo rescisório:* Julgo extinto o feito, sem resolução do mérito, nos termos do disposto no art. 267, inciso V, do Código de Processo Civil, condenando o ora réu ao pagamento de verba honorária que fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais). Suspendo, entretanto, a exigibilidade de tais verbas, uma vez que a parte litiga sob o pálio da gratuidade de justiça (Lei 1.060/1950).

É o voto.

## Primeira Seção

### Conflito de Competência 0057257-95.2012.4.01.0000/GO

Relator:	Desembargador Federal Kassio Marques
Relator p/ acórdão:	Desembargador Federal Néviton Guedes
Autor:	Hélio Moreira Gomes
Advogado:	Dr. Alexandre Lunes Machado
Ré:	União Federal
Procurador:	Dr. José Roberto Machado Farias
Suscitante:	Juízo Federal da 7ª Vara – GO
Suscitado:	Juízo Federal da 3ª Vara – GO
Publicação:	e-DJF1 de 1º/04/2016, p. 19

## Ementa

*Processual Civil. Conflito negativo de competência. Execução provisória de título judicial. Sentença reformada. Reposição ao erário. Competência do juízo onde foi decidida a causa no primeiro grau de jurisdição. Art. 575, II, art. 475-P e art. 475-O, todos do CPC.*

I. O art. 575, II, do CPC preceitua que a execução fundada em título judicial processar-se-á perante o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição.

II. O art. 475-P do mesmo diploma legal estabelece que o cumprimento da sentença efetuar-se-á perante o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição.

III. O art. 475-O do CPC, por sua vez, expressa e especificamente, estabelece que as intercorrências e eventuais consequências que decorram de uma execução provisória só podem ser decididas nos mesmo autos da execução e, por isso, só podem ser desenvolvidas perante o mesmo juízo em que a execução teve lugar.

IV. No caso concreto, a execução, ainda que provisória, foi ajuizada no próprio juízo onde tramitou a ação de conhecimento (3ª Vara/GO), cuja sentença, ao final, foi cassada pela Suprema Corte, devendo todos os desdobramentos dela decorrentes ser apreciados por este mesmo juízo.

V. O juízo suscitado (o da 3ª Vara/GO) é competente para processar não só a pretensão da União — de reaver os valores pagos indevidamente a servidores públicos em razão de provimentos provisórios tornados insubsistentes em processos judiciais que ali tramitaram —, mas também, e principalmente, seus desdobramentos.

VI. A pretensão veiculada nos presentes autos pela parte-autora (policia federal) — de impugnar a quantia que lhe está sendo descontada administrativamente — constitui desdobramento da execução provisória levada a efeito por aquele juízo.

VII. Uma vez permitida pelo juízo a execução provisória de uma sentença que, posteriormente, veio a ser cassada, cabe a esse mesmo juízo restabelecer o *status quo* ante, não se justificando submeter aquele que foi prejudicado pela execução provisória — no caso, a União — à dificuldade de ir a vários juízos, que podem, inclusive, ter compreensões diferentes de tudo que já fora decidido.

VIII. O inciso II do art. 475-O do CPC é expresso no sentido de que o acórdão que anula a sentença exequenda, por si só, torna sem efeito a execução provisória, “restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento”, não se justificando a redistribuição das consequências da execução provisória.

IX. Conflito negativo de competência que se conhece para declarar a competência do Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, o suscitado.

## Acórdão

Decide a Seção, por maioria, conhecer do conflito para declarar competente o Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, o suscitado.

1ª Seção do TRF 1ª Região – 22/09/2015.

Desembargador Federal *Néviton Guedes*, relator para acórdão.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques:* — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás. Alegou o juízo suscitante que, tendo em vista a presente demanda visar à reposição ao erário dos valores pagos a título precário, posteriormente revogado, em sede de ação que tramitara no juízo suscitado, haveria ocorrido na hipótese prevenção por aplicação análoga do art. 575, inciso II, do Código de Processo Civil.

O juízo suscitado, da 3ª Vara daquela mesma seção judiciária, consignou que, já tendo sido julgada a ação coletiva, não haveria falar em prevenção daquele juízo, forte no enunciado 235 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento do conflito para declarar competente o Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, ora suscitado.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques:* — *Verificar o domicílio do autor*

Se for residente em Goiânia, manter a 3ª Vara como competente, com base nos fundamentos do voto

da 2ª Vara da SJDF — sempre em atenção à facilitação do acesso do jurisdicionado à Justiça;

Se for residente fora de Goiânia, fixar a competência da 7ª Vara, ao fundamento de que o juízo suscitado se limitou a remeter à Administração o ônus de promover a reposição ao erário em análise, não havendo proferido qualquer sentença de mérito.

Com o trânsito em julgado de tal decisão, a União abriu mão da possibilidade de executar essa ação na vara que entendia estar preventiva (juízo suscitado).

Num caso ou noutro, anotar, logo no início do voto, que é lícito ao jurisdicionado executar, em qualquer parte do País em que resida, o título que lhe aproveita.

O Sindicato dos Policiais Federais nos Estados de Goiás e do Tocantins ajuizou ação cautelar para garantir o cumprimento da sentença proferida no Processo 90.00.03499-0, a qual reconheceu o direito aos seus substituídos de receberem o índice de 84,32% em seus proventos/vencimentos. Ocorre que a sentença exequenda fora reformada pelo Supremo Tribunal Federal, o que ensejou a posterior cobrança, por parte da União, dos valores pagos a título precário (liminar), posteriormente revogado.

Assim postos os fatos, vê-se que, por analogia, se aplica na espécie a regra do art. 575, inciso II, do Código de Processo Civil, segundo o qual o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição fica preventivo para processar a execução fundada em título judicial.

Saliento que o juízo suscitante bem anotou que o juízo suscitado,

[...] na fase de reversão do cumprimento do *decisum*, fixou várias diretrizes específicas para o ressarcimento ao erário, sendo que muitas diretrizes inovaram a ordem jurídica processual, inclusive

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Kassio Marques, Néviton Guedes, Candido Moraes e João Luiz de Souza e os Exmos. Srs. Juizes Federais Carlos Augusto Pires Brandão e Cleberson José Rocha (convocados).

fixando a possibilidade de impugnação incidental dos autos apartados [...].

De outra parte, o enunciado 235 da Súmula do STJ tem como escopo evitar que decisões conflitantes sejam proferidas por magistrados diferentes que processam ações conexas entre si.

Tal o contexto, a mim me parece claro não ser o caso de se aplicar o referido enunciado. É que, na hipótese dos autos, não existe conexão (art. 103 do Código de Processo Civil), pois os objetos e as causas de pedir presentes nas duas ações são diametral e logicamente opostos.

O que há é uma prevenção em decorrência da natureza de acessoriedade da presente ação (regressiva) em relação à ação de cobrança originalmente ajuizada (principal), circunstância que atrai a incidência do art. 108 do CPC, que assim dispõe:

A ação acessória será proposta perante o juiz competente para a ação principal.

Tal o contexto, reputo que não há sustentação legal para afastar a regra geral de competência, porquanto ressaí clara a competência do juízo suscitado para o processamento e o julgamento da demanda.

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar competente o Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, ora suscitado.

É como voto.

### Voto-Vista

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás em face de decisão proferida pelo Juízo Federal da 3ª Vara da mesma seccional que, rejeitando a distribuição por dependência, determinou o retorno dos autos de impugnação ao cumprimento de sentença à livre distribuição.

Entende o Juízo Federal da 7ª Vara de Goiás, ora suscitante, que o Juízo Federal da 3ª Vara é absolutamente competente para processar e julgar não só a execução invertida — referente aos pagamentos indevidos a servidores públicos em decorrência de provimentos provisórios tornados insubsistentes em processos judiciais que ali tramitaram —, mas também os seus desdobramentos, nos termos do art. 575, II, art. 475-N, I, ambos do CPC, e art. 46 da Lei 8.112/1990, em razão de ter sido no juízo suscitado que tramitou o processo cautelar, onde proferida a decisão que determinou a reposição ao erário do índice de 84,32%

indevidamente recebido pelos servidores filiados ao Sindicato dos Policiais Federais no Estado de Goiás/Tocantins.

Em seu voto, o relator, Desembargador Federal Kassio Marques, inicialmente entendera pela competência do Juízo Federal da 3ª Vara de Goiás, conforme minuta previamente encaminhada à sessão de julgamento, posteriormente afastada em sessão, para declarar como competente o Juízo Federal da 7ª Vara, o suscitante, ao entendimento de que, por ser uma impugnação judicial a uma cobrança administrativa, ela pode ser feita pelos substituídos onde eles residem, nos termos da jurisprudência do colendo STJ, que vem decidindo no sentido de que, se a própria execução pode ser manejada pelo substituído onde quer que ele se encontre, partindo do princípio de que ele reside no local, quicá a impugnação a um ato administrativo.

Em face da complexa situação jurídica dos autores, pedi vista para melhor exame da matéria.

Consoante se extrai dos autos, em ação de execução ajuizada pelo Sindicato dos Policiais Federais do Estado de Goiás/Tocantins em face da União, objetivando o cumprimento provisório de sentença proferida nos autos da Ação Ordinária 90.00.03499-0, que havia reconhecido o direito dos policiais federais à recomposição dos 84,32%, o Supremo Tribunal Federal reformara a sentença exequenda, “*julgando improcedente a ação*”, cuja decisão transitou em julgado em 12/12/1994.

Ao promover a cobrança judicial das parcelas indevidamente pagas aos servidores, a partir de 1º/07/1993, daquelas vertidas em razão da liminar concedida em sede de ação cautelar (Processo 91.00.06953-1) e daquilo que foi pago administrativamente, a União foi orientada pelo juízo da execução, diga-se, o da 3ª Vara Federal de Goiás, a promover a cobrança administrativa de recomposição ao erário público dos valores indevidamente recebidos pelos servidores, nos termos dos arts. 46 e 47 da Lei 8.112/1990, mediante as seguintes razões, cito:

O SINDICATO DOS POLICIAIS FEDERAIS NO ESTADO DE GOIÁS/TOCANTINS, inicialmente, ação de execução em face da UNIÃO, objetivando o cumprimento provisório da sentença proferida nos autos da ação de conhecimento n. 90.00.03499-0, que havia reconhecido o direito dos servidores policiais federais à recomposição dos 84,32%.

A decisão de fls. 184/185, proferida em 14/07/1993, determinou a implantação do mencionado índice aos vencimentos dos filiados do Sindicato, com efeitos a partir de 1º/07/1993, o pagamento das diferenças atrasadas referentes

ao período de abril/90 a junho/93, ressaltando a necessidade de se deduzir os valores recebidos por força da liminar concedida na ação cautelar n. 91.00.00653-1.

A Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal em Goiás informou a implantação do índice de 84,32% na folha de pagamento do mês de julho/93 (fl. 193) e o pagamento administrativo das parcelas referentes ao interstício de janeiro a junho/93 na folha do mês de novembro/93 (fl. 773).

O Sindicato dos Policiais Federais no Estado de Goiás/Tocantins noticiou a reforma da sentença exequenda pela Suprema Corte, cuja decisão transitou em julgado em 12/12/1994 (fl. 780), oportunidade em que requereu a extinção do feito (fl. 777).

Às fls. 784/787, veio o requerimento da União, protocolizado em 13/10/1995, de restituição das parcelas pagas a partir de 1º/07/1993, daquelas vertidas em razão da liminar concedida na ação cautelar n. 91.00.06953-1 e, ainda, daquilo que pertine ao pagamento administrativo reportado à fl. 775. No mais, informou que solicitou à Superintendência Regional do DPF em Goiás a interrupção imediata do pagamento daquele percentual.

Pela decisão de fl. 790, foi reconhecido o dever de os servidores do DPF restituírem as quantias recebidas desde 1º/07/1993, acrescidas de correção monetária e juros de mora, estes a partir de 13/10/1995. Já às fls. 797/795 determinouse o imediato desconto do equivalente a 10% do vencimento de cada servidor, a título de início da devolução.

Planilhas elaboradas pelo DPF com os valores recebidos e descontados dos servidores juntados às fls. 827/2.193 e 2.220/2.242.

A decisão de fls. 2.244/2.250, proferida em 10/10/2001, definiu, de forma pormenorizada, as regras de procedimento a serem observadas na devolução do numerário.

O Sindicato dos Policiais Federais no Estado de Goiás e Tocantins noticiou a interposição do agravo de instrumento n. 2001.01.00.044210-8 (fl. 2.258), ao qual, em julgamento realizado em 06/04/2004, foi dado parcial provimento para reconhecer que “os descontos efetuados na remuneração dos servidores exigem prévia apuração do montante devido, com oportunidade de impugnação” (fls. 5.005/5.011),

Novas planilhas de cálculo juntadas pela União às fls. 2.338/4.992 e 5.099/5.296.

Em cumprimento ao despacho de fl. 5.302, a União informou o envio de ofícios a todas as Superintendências da Polícia Federal nos Estados para que procedessem à notificação dos servidores para que procedessem à notificação dos servidores da restituição devida (fl. 5.309) e, em razão da ausência da respectiva resposta, requereu que fosse proferida ordem judicial para o seu efetivo cumprimento (fl. 5.320), o que foi deferido à fl. 5.323.

À fl. 5.353, a Superintendência Regional do DPF em Goiás afirmou estar ultimando providências para o desenvolvimento de um sistema informatizado específico. Já a Superintendência Regional do DPF no Tocantins informou que havia efetuado “a inclusão no Sistema SIAPE, para fins de restituição ao erário”, e requereu a juntada de documentos (fls. 5.369/5.393).

A decisão de fl. 5.472 indeferiu o pleito do Sindicato dos Policiais Federais no Estado de Goiás, formulado às fls. 5.396/5.403, de dispensa do ressarcimento das importâncias recebidas, nos termos das Súmulas 106 e 249 do TCU. Daí a notícia da interposição do agravo de instrumento n. 2007.01.00.053540-1 (fls. 5.502/5.508), ao qual foi negado efeito suspensivo pelo TRF – 1ª Região (fl. 5.641).

Vilto João de Haro, agente da Polícia Federal aposentado, requereu a imediata suspensão dos descontos em folha de pagamento, ao argumento de ausência de concessão de oportunidade para conhecer dos cálculos que envolvem a execução (fls. 5.620/5.623).

Foi deferido pedido da União, colacionado às fls. 5.691/5.692, de participação na elaboração do programa de informática, então em desenvolvimento no DPF/DF, para viabilizar o ressarcimento (fls. 5.694/5.695).

Em audiência designada à fl. 5.853, foi homologado o programa intitulado “Sistema de Reposição ao Erário – 84,32%” e determinado ao DPF a sua implantação em todos os Estados da Federação, nos termos assentados na ata juntada às fls. 5.863/5.867.

Carlos Augusto Jorge, servidor aposentado da Polícia Federal, requereu a extinção da presente ação executiva, sustentando que o sistema de informática homologado configuraria confisco salarial, bem como pugnou pelo reconhecimento da ocorrência da decadência da pretensão administrativa de reaver os indigitados valores (fls. 5.869/5.881).

O Sindicato dos Policiais Federais em Goiás requereu a dilação do prazo previsto para a interposição de recurso administrativo perante a Superintendência Regional da Polícia Federal no Estado do Goiás para 30 dias (fls. 5.905/5.906), o que foi deferido à fl. 5.908.

O Sindicato postulou que a data de início do prazo para recurso administrativo em face das notificações seja contada a partir da abertura de vista desta ação de execução à parte executada (fls. 5.910/5.912) e requereu o reconhecimento da ocorrência da prescrição da pretensão de devolução dos valores e, por conseguinte, a extinção do feito com resolução de mérito, nos termos do art. 259, IV, do CPC (fls. 5.921/5.930).

Clóvis Cardoso Teixeira e Moisés de Barros Lima, policiais federais, apresentaram, às fls.



5.933/5.969, impugnação ao cumprimento de Sentença.

Sobreveio aos autos novamente o Sindicato dos Policiais Federais em Goiás para obter ordem no sentido de obstar a efetivação de qualquer desconto em folha de pagamento dos substituídos até que os recursos administrativos e as reclamações judiciais sejam devidamente julgados. Pugnou, ainda, pela dilação para 30 (trinta) dias do prazo para a apresentação da mencionada reclamação em juízo, a contar da data da notificação do servidor, desconsiderando-se o período de recesso forense (fls. 5.990/5.992).

Foi, então, proferida decisão, às fls. 6.010/6.015, que indeferiu os pedidos de alteração dos prazos de interposição do recurso administrativo e de apresentação da reclamação alusiva à decisão de fls. 2.244/2.250; afastou a alegação de ocorrência da prescrição do dever de devolução aos cofres públicos dos valores recebidos por força de decisão judicial; ressaltou precluso o debate acerca do dever de ressarcir o erário; determinou a suspensão de qualquer desconto em folha de pagamento pertinente à reposição discutida nesta ação até ulterior homologação dos respectivos cálculos.

O Sindicato requereu a imediata suspensão da utilização do “sistema de reposição ao erário dos 84,32%”, aduzindo a sua inadequação (fls. 6.030/6.032), e noticiou a interposição de agravo de instrumento contra a decisão de fls. 6.010/6.015 (fl. 6.168/6.169).

A Secretaria certificou, à fl. 6.163, que os processos administrativos encaminhados pelo DPF/GO encontram-se em anexos (12 volumes).

Às fls. 6.195/6.213, foi juntado pedido do Sindicato de concessão medida cautelar para impedir a efetivação de qualquer desconto relativo à reposição ao erário dos 84,32% sem que este juízo tenha decidido acerca da liquidez do título judicial. Esse pleito foi, inicialmente, protocolizado como ação autônoma (ação cautelar inominada n. 53814-49.2011.4.01.3500), na qual foi indeferido o pedido liminar, bem como determinado o cancelamento da sua distribuição e juntada no bojo da presente ação executiva, para tramitar como cautelar incidental (fls. 6.293/6.295). Daí a notícia da interposição de agravo de instrumento pelo Sindicato (fl. 6.296 – 28º volume).

É o relatório.

Decido.

Do cotejo dos autos, verifico que a pretensão da União de reaver o numerário recebido por servidores públicos em decorrência de decisão judicial posteriormente revogada já se arrasta há quase 17 anos, obviando ao disposto no art. 5º, LXXVIII, da CF.

Avulta, pois, relevante tecer algumas considerações de modo a adequar a moldura fática e jurídica até o momento delineada nos autos aos ditames legais,

O presente imbróglio encontra-se encetado no pedido do Sindicato dos Policiais Federais no Estado de Goiás e Tocantins de execução provisória de sentença proferida nos autos da ação de conhecimento n. 90.00.03499-0, que havia declarado o direito dos policiais federais substituídos à recomposição dos 84,32% (fls. 43/47).

Efetivada a implantação desse índice na folha de pagamento do mês de julho/93 (fl. 193), em cumprimento ao comando inserto na decisão de fls. 184/185, bem como o pagamento administrativo das parcelas referentes ao interstício de janeiro a junho/93 na folha do mês de novembro/93 (fl. 773), sobreveio aos autos a notícia da cassação da sentença exequenda pela Suprema Corte, que deu provimento ao Recurso Extraordinário n. 163.851-6, “Julgando improcedente a ação” (fls. 778/779).

Tem, pois, o decisum do STF conteúdo declaratório negativo, a não comportar, por óbvio, cumprimento de sentença. O seu consectário lógico é o dever de restituição ao erário, nos termos preconizados pela Lei 8.112/9/90, que confere à Administração Pública, em decorrência da sua capacidade de autotutela, corolário do princípio da legalidade, mecanismo direto de ressarcimento de valores pagos indevidamente a servidor público civil, por meio das figuras jurídicas da reposição e da indenização (arts. 46 e 47), de modo a restaurar a situação de regularidade. Ainda mais porque a reposição ao erário aqui buscada também diz respeito à verba paga administrativamente, a despeito de anterior ordem judicial para aguardar apuração do quantum devido.

Malgrado inadequado o então prosseguimento da execução provisória, com a inversão dos polos da ação, foi proferida decisão, às fls. 2.244/2.250, pelo então condutor do feito, na qual foram traçadas, “em caráter excepcional”, detalhadas regras processuais para incidirem, tanto no âmbito administrativo (intitulado “primeiro momento”) como no judicial (no qual caberia ao juiz “decidir eventuais divergências”), na recomposição do erário, criando institutos jurídicos próprios, dentre as quais destacam-se: definição de prazos para interposição de impugnação administrativa (“30 (trinta) dias, prorrogável por outro tanto”); critérios para julgamento administrativo da impugnação (casos de rejeição e improcedência); autorização concedida ao DPF para impor multa ao servidor por agir com má-fé (“10% do seu débito”); instituição de ação judicial autônoma, nominada de “reclamação”, para ser manejada no prazo de 15 dias após decisão do DPF acerca da impugnação administrativa; definição de hipótese de ocorrência de decadência do direito de reclamar; atribuição de competência ao Judiciário para homologar os atos perpetrados pela Administração Pública, ainda que não impugnados pelo servidor; e imposição ao Coordenador de Pessoal do DPF do dever de “prestar contas” a este Juízo, a ser também objeto de homologação judicial, todo mês de janeiro, acerca



do que pago administrativamente no ano anterior “até o completo ressarcimento dos valores”.

Ora, não cabe ao juiz definir regras de natureza processual, sob pena de usurpação de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I, da CF) e de competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, X1, da CF)”, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, §4º, III, da CF), sobretudo diante do fato de que já existe Lei Federal a normatizar a matéria - insista-se, o mecanismo direto de ressarcimento de valores pagos indevidamente a servidor público civil, previsto nos arts. 46 e 47 da Lei 8.112/90.

E esse proceder da Administração Pública, praticado com fulcro na Lei 8.112/90, ao contrário do que faz transparecer aquele decisum (fls. 2.244/2.250), independe do crivo do Judiciário, de vez que todo ato administrativo traz em si presunção juris tantum de legitimidade, sendo, por conseguinte, dotados de autoexecutoriedade, ou seja. “tão logo praticado, pode ser imediatamente executado e seu objeto imediatamente alcançado”, de vez que “tem ele idoneidade de por si criar direitos e obrigações, submetendo a todos que se situem em sua órbita de incidência”.

Em síntese de Hely Lopes Meirelles, além da presunção de legitimidade autorizar “a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que arguidos os vícios ou defeitos que os levem à invalidade”, outra consequência dela decorrente “é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuida-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá pleno eficácia”.

Nesse viés, é indubitado que a ventilada decisão desbordou da atividade jurisdicional, imiscuindo-se em competência estranha ao seu âmbito de atuação delimitado constitucionalmente. Sobreleva transcrever a lição de José Afonso da Silva” acerca do atuar dos órgãos do Poder Judiciário em consonância com os critérios editados pelo legislador:

“(…) os órgãos do Poder Judiciário têm por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto. Isso é o que se chama função jurisdicional ou simplesmente jurisdição, que se realiza por meio de um processo judicial, por isso mesmo, sistema de composição de conflitos de interesses ou sistema de composição de lides.

Os conflitos de interesse são compostos, solucionados, pelos órgãos do Poder Judiciário com fundamento em ordens gerais e abstratas, que são ordens legais, constantes ora de corpos escritos que são as leis, ora de costumes, ou de simples normas gerais, que devem ser aplicadas por eles, pois está praticamente abandonado o sistema de

composição de lides com base em ordem singular erigido especialmente para solucionar determinado conflito.

Divididas as funções da soberania nacional por três Poderes distintos, Legislativo, Executivo e Judiciário, os órgãos deste (juizes e tribunais) devem, evidentemente, decidir atuando o direito objetivo; não podem estabelecer critérios particulares, privados ou próprios, para, de acordo com eles, compor conflitos de interesses, ao distribuírem justiça. Salvo o juízo de equidade, excepcionalmente admitido como referimos ao tratar do mandado de injunção, normalmente o juiz, no Brasil, pura e simplesmente aplica os critérios que foram editados pelo legislador.”

Nisso vislumbro a nulidade do procedimento definido às fls. 2.244/2.250.

E mais, além de sequer encontrar amparo no ordenamento jurídico, esse procedimento criado nos autos se entremostra sobremodo enredado, ao contrário do que é possível se colher daquele previsto na Lei 8.112/90, que, além de legítimo, se revela meio mais rápido para a resolução do imbróglio, ilação que é mister reconhecer, mormente porque ao juiz compete dirigir o processo velando pela rápida solução do litígio, ex vi do art. 125.11, do CPC

E não cabe argumentar que a mencionada decisão estaria acobertada pelo instituto da preclusão, porquanto o transcurso do tempo não tem o condão de transmutar o ato ilegal - que não se presta a produzir quaisquer efeitos válidos - em ato em conformidade com a ordem jurídica. Ao revés, a recomposição da legalidade é medida que se impõe.

É dizer: o ressarcimento ao erário público deve seguir os trâmites delineados na legislação em vigência, a saber, o procedimento próprio determinado nos arts. 46 e 47 da Lei 8.112/90, com previsão de prévia ciência do servidor e de parcelamento limitado a 10% da remuneração.

E não se está a olvidar o princípio da inafastabilidade da função jurisdicional, esculpido no art. 5º, XXXV, da CF, cuja aplicação não está livre de restrições”. É que nas hipóteses desse jaez o controle judicial do ato administrativo é, em regra, a posteriori.

Com efeito, após o agir da Administração Pública, entendendo o servidor público pela existência de qualquer vício a contaminar a cobrança efetivada, estará configurado o seu interesse legitimador do direito inafastável de acionar o Poder Judiciário, mediante o ajuizamento de ações individuais próprias, cuja distribuição não deve guardar dependência com a presente ação.

Isso porque, combine já explicitado, a decisão que pôs fim a demanda principal, julgando-a improcedente (RE n. 163.851-6), tem conteúdo meramente declaratório negativo - reconheceu a ausência de direito à vindicada recomposição dos 84,32% -, não veiculando qualquer conteúdo

condenatório quanto a essa pretensão principal, a afastar a aplicabilidade da fase de cumprimento de sentença.

Desse modo, inexistente na espécie cumprimento de sentença, eventuais demandas judiciais decorrentes de divergências surgidas no âmbito administrativo, ainda que relacionadas ao recebimento indevido de verba remuneratória por força de decisão posteriormente reformada em sede recursal, não podem ser recebidas como mais uma fase do processo judicial já extinto por improcedência do pedido, pelo que não há falar na incidência do disposto no art. 575, II, do CPC.

Consequentemente, a análise dos requisitos formais, bem como do mérito, caberá ao juízo ao qual o feito vier a ser distribuído após sorteio.

Do exposto, revogo a decisão proferida às fls. 2.244/2,250, bem como os demais atos decisórios dela decorrentes, inclusive no que tange à determinação de suspensão imediata de qualquer desconto em folha de pagamento pertinente à recomposição discutida nesta ação (fl. 6.015), devendo a Administração prosseguir com o procedimento de recomposição ao erário público nos estritos limites definidos pela Lei 8.112/90. (grifo no original)

Fica prejudicada a análise dos demais pedidos aqui formulados nos autos (inclusive o pedido cautelar incidental - fls. 6.195/6.213), porquanto devem ser manejados em ação própria, conforme ora decidido.

Determino a devolução dos processos administrativos (anexos - certidão à fl. 6.163), porquanto os atos ali praticados gozam de presunção juris tantum de legitimidade e, por conseguinte, independem de “homologação judicial”.

O r. juízo da execução assim decidiu, como se viu, ao entendimento de que o *decisum* proferido pelo STF teria conteúdo declaratório negativo a não comportar o cumprimento de sentença e o seu consectário lógico é a restituição ao erário nos termos preconizados pela Lei 8.112/1990 (arts. 46 e 47).

Na referida decisão, observa-se que ficou expressamente determinado que

[...] *eventuais impugnações administrativas por parte dos associados serão resolvidas na mesma via, ou eventualmente, acaso não solucionadas, por ações judiciais individuais a serem manejadas por cada atingido pelo desconto, não guardando evidentemente tais eventuais ações nenhum vínculo de dependência com o presente feito, visto que este está sendo manejado por substituta processual, e aquelas serão, acaso distribuídas, aviadas pelos policiais federais que se sentirem prejudicados quanto ao valor [...].*

Dessa decisão, que determinou a forma de ressarcimento do erário público pela via administrativa,

a União deixou transcorrer *in albis* o prazo recursal, não comportando, portanto, mais nenhuma discussão.

Promovida a cobrança administrativa, nos termos preconizados pela referida decisão, a União iniciou a implantação em todos os Estados da Federação do programa intitulado “Sistema de Reposição ao Erário – 84,32%”.

Contra essa cobrança administrativa, alguns policiais federais apresentaram reclamações perante o Juízo Federal da 3ª Vara de Goiás — que foram autuadas como *impugnação ao cumprimento de sentença* —, e distribuídas por dependência aos processos em que se discutiu a recomposição dos 84,32%, ao final afastada pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao receber essas reclamações, o Juízo da 3ª Vara rejeitou a distribuição por dependência e determinou o retorno dos autos à livre distribuição, ao entendimento de que a sentença de improcedência não veiculou qualquer conteúdo condenatório quanto à pretensão principal, mas apenas declarou que a parte-autora não fazia jus ao direito vindicado, por isso que, se não há cumprimento de sentença, eventuais demandas judiciais decorrentes de divergência surgidas no âmbito administrativo, ainda que relacionadas à determinação de ressarcimento contida no título judicial, não são mais uma fase do processo judicial já extinto por improcedência do pedido (fls. 99-101 dos autos digitais).

Ao receber os autos dessas reclamações, o Juízo Federal da 7ª Vara da mesma seccional suscitou conflito negativo de competência perante este TRF1, por entender que os créditos da União, ainda que estejam sendo cobrados na via administrativa, fundam-se em títulos executivos judiciais (art. 475-N, I, do CPC), que poderiam ser liquidados e executados no processo judicial de sua constituição, ou administrativamente, na forma do art. 46 da Lei 8.112/1990, resultando evidente que, se levada adiante a liquidação e execução judicial, ainda que nos autos da ação cautelar, ter-se-ia a aplicação do art. 575, II, do CPC, segundo o qual “a execução fundada em título judicial, processar-se-á perante o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição”.

Tudo considerado, com a devida vênia do eminente relator, voto no sentido de declarar a competência do juízo suscitado (3ª Vara de Goiás).

O art. 575, II, do CPC preceitua que a execução fundada em título judicial processar-se-á perante o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição.

Esse mesmo diploma legal estabelece que o cumprimento da sentença efetuar-se-á perante o juízo

que processou a causa no primeiro grau de jurisdição (art. 475-P).

Cito, por oportuno, o teor da norma em referência:

Art. 475-P. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:

I – os tribunais, nas causas de sua competência originária;

II – o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição;

III – o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira.

Parágrafo único. No caso do inciso II do caput deste artigo, o exequente poderá optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

Mais do que isso, como adiante se verá, o art. 475-O do CPC expressa e, especificamente, estabelece que as intercorrências e eventuais consequências que decorram de uma execução provisória só podem ser decididas nos mesmo autos da execução e, por isso, só podem ser desenvolvidas perante o mesmo juízo em que a execução teve lugar.

Não se desconhece que, segundo bem anotou o relator, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento de que a execução individual de sentença condenatória proferida no julgamento de ação coletiva não segue a regra geral do art. 575, II, do Código de Processo Civil, pois, nesse caso, entende-se inexistir interesse apto a justificar a prevenção do juízo que examinou o mérito da ação coletiva para o processamento e julgamento das execuções individuais desse título judicial. Desse modo, o ajuizamento da execução individual derivada de decisão proferida no julgamento de ação coletiva tem como foro o domicílio do exequente. (REsp 1495354/RS, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 06/04/2015).

Contudo, o caso não se enquadra na jurisprudência do STJ, uma vez que a execução provisória foi promovida perante o mesmo juízo da ação de conhecimento, tendo que se decidir, precisamente, sobre as consequências de decisões tomadas no interior da própria execução.

De fato, no caso concreto, a execução, ainda que provisória, foi ajuizada no próprio juízo onde tramitou a ação de conhecimento (3ª Vara/GO), cuja sentença, ao final, foi cassada pela Suprema Corte. Nessa circunstância específica, é de se entender que,

uma vez ajuizada a execução em determinado juízo, todos os desdobramentos dela decorrentes devem ser apreciados por este mesmo juízo.

Não se duvida que a pretensão da União de reaver os valores que foram pagos indevidamente aos servidores constitui desdobramento da execução provisória deferida na ação originária. O fato de a cobrança estar se efetivando administrativamente não tem o condão de afastar tal conclusão. Isso porque esta forma de cobrança (pela via administrativa) também se deu por determinação do próprio juízo da execução. Obviamente, não desconhecia ele (o juízo da execução) que os créditos da União são oriundos de desdobramentos de decisões judiciais, os quais, nos termos do art. 475-N, I, do CPC, poderiam ser liquidados e executados no processo judicial de sua constituição, ou administrativamente, na forma do art. 46 da Lei 8.112/1990.

De tal modo, o juízo suscitado (o da 3ª Vara/GO) é competente para processar não só a pretensão da União — de reaver os valores pagos indevidamente a servidores públicos em razão de provimentos provisórios tornados insubsistentes em processos judiciais que ali tramitaram —, mas também, e principalmente, seus desdobramentos. E, no caso, não se olvida que a pretensão veiculada nos presentes autos pela parte-autora (policial federal) — de impugnar a quantia que lhe está sendo descontada administrativamente — constitui desdobramento da execução provisória levada a efeito por aquele juízo.

Portanto, uma vez permitida pelo juízo a execução provisória de uma sentença que, posteriormente, veio a ser cassada, cabe a esse mesmo juízo restabelecer o *status quo* ante, não se justificando submeter aquele que foi prejudicado pela execução provisória — no caso, a União — à dificuldade de ir a vários juízos, que podem, inclusive, ter compreensões diferentes de tudo que já fora decidido.

Assim, ainda que seja possível o desdobramento de uma execução em juízo diverso daquele que prolatou a sentença convertida em título executivo, definitivo ou provisoriamente executado, fato incontornável é que incumbe ao juízo que promoveu a execução a responsabilidade por suas eventuais intercorrências.

Aliás, o art. 475-O parece não deixar dúvida de que, em caso de execução provisória, o exequente deverá repor a situação jurídica ao *status quo ante*, explicitando também, ao meu sentir, que o restabelecimento da situação jurídica ao estado anterior à execução provisória só pode ser promovido

pelo juízo que tem a responsabilidade pela execução provisória tornada prejudicada com a cassação da respectiva sentença exequenda (cito):

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

§ 1º No caso do inciso II do caput deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução.

§ 2º A caução a que se refere o inciso III do caput deste artigo poderá ser dispensada:

I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade;

II – nos casos de execução provisória em que penda agravo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

§ 3º Ao requerer a execução provisória, o exequente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado declarar a autenticidade, sob sua responsabilidade pessoal:

I – sentença ou acórdão exequendo;

II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo;

III – procurações outorgadas pelas partes;

IV – decisão de habilitação, se for o caso;

V – facultativamente, outras peças processuais que o exequente considere necessárias. (sem grifo no original)

O inciso II do retrocitado dispositivo legal, especificamente, é expresso no sentido de que o acórdão que anula a sentença exequenda, por si só, torna sem efeito a execução provisória, “restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento.”

Portanto, não há qualquer decisão a ser tomada que justifique a redistribuição das consequências da execução provisória.

Em síntese, *certo é que*, nos termos do parágrafo único do art. 475-P do CPC, o exequente pode requerer o cumprimento da sentença (provisória ou definitiva): a) no mesmo juízo que proferiu a sentença exequenda provisoriamente; b) no lugar onde se encontram os bens sujeitos à expropriação; c) no lugar do atual domicílio do executado. *Contudo*, no dizer dos doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery, uma vez fixado o juízo da execução, “em qualquer dessas hipóteses, o cumprimento provisório da sentença se fará nos autos da carta de sentença.”<sup>1</sup>

Por fim, pelo que estabelece o inciso II, art. 475-O, do mesmo diploma legal, depois de fixado o juízo da execução provisória, em caso de cassação ou modificação da sentença, como também nos ensinam os renomados doutrinadores:

Caso sobrevenham prejuízos ao executado, ocasionados pela efetivação de medidas de execução, e posteriormente seja provido o recurso que fora recebido somente no efeito devolutivo, provimento esse em favor do executado, o exequente fica obrigado a reparar referidos prejuízos, *que serão apurados e liquidados, por arbitramento, nos mesmos autos em que se deu a execução provisória* (CPC 475-O II). (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante; Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery – 14. ed. ver. ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 936).

Assim postos os fatos, ainda que se trate de impugnações a cobranças administrativas promovidas pela União, comungo das lúcidas considerações exaradas pelo juízo federal suscitante de que,

[...] *havendo impugnação ao cumprimento da decisão de reversão na ação cautelar, ainda que se cuide de valores cobrados na esfera administrativa, há evidente conexão sucessiva entre a reclamação ajuizada pelo policial federal e o feito cautelar [...].*

Portanto, com base nos arts. 575, II, 475-P e 475-O, inciso II, todos do CPC, voto no sentido de conhecer do conflito e declarar competente para apreciação da causa o juízo suscitado (3ª Vara/GO).

É como voto.

<sup>1</sup> (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante; Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery – 14. ed. ver. ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 938).

## Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Candido Moraes: — É cediço que o cumprimento de sentença instituído pela Lei 11.232/2005 introduziu no sistema do Código de Processo Civil o que é hoje conhecido como processo sincrético. Este sincretismo é caracterizado por se reunirem no mesmo processo a fase cognitiva e executiva — sendo esta, em regra, mera fase subsequente àquela, e não processo autônomo.

Neste contexto, a impugnação ao cumprimento da sentença passa a ser vista como simples incidente ao processo de execução:

Diferentemente dos embargos, que dão ensejo a um novo processo, a impugnação constitui simples incidente, interno ao processo em que já se desenvolve o “cumprimento da sentença” (WAMBIER, Luis Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. 8 ed., v. II, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2006, p. 314).

No que tange à competência para a execução da sentença cível em 1º grau de jurisdição e, por conseguinte, para conhecer e julgar a impugnação que lhe corresponde, dispõe o art. 475-P, inciso II, do CPC, *in verbis*:

Art. 475-P. O cumprimento de sentença efetuar-se-á perante:

[...]

II – o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição;

Este dispositivo é aplicado ao cumprimento de sentença subsidiariamente, tendo em vista o disposto no art. 475-R do CPC:

Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial.

Observa-se que a regra de competência para o cumprimento de sentença é a da prevenção, cabendo assentar que, particularmente em caso tal, esta decorre da essência do sincretismo, uma vez que, conforme precedentemente exposto, trata-se do mesmo processo em sua fase executiva (cumprimento).

No particular, apura-se que o título executivo judicial que embasa o cumprimento de sentença em comento foi gerado nos autos da Ação 93.00.01976-7 (1951- 84.1993.4.01.3500), processada perante a 3ª Vara da Seção Judiciária de Goiás. Tal situação atrai para o aludido juízo a competência para todos os atos, fases e incidentes do processo, inclusive para

processar a subsequente execução/cumprimento de sentença e para conhecer e julgar a impugnação que lhe corresponde.

Incidem, no caso, os seguintes precedentes, *in verbis*:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZ FEDERAL DE SEÇÃO JUDICIÁRIA E DE VARA FEDERAL DE CAPITAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. CPC. ART. 475-P E 575, II DO CPC. CONFLITO CONHECIDO PARA FIRMAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

1. A competência para processar cumprimento de sentença é do juízo em que se

processou a causa, no primeiro grau de jurisdição, nos termos dos arts. 475-P e

575, II do Código de Processo Civil. Precedentes.

2. Conflito conhecido, para se declarar competente para julgar a causa o Juizado

Especial Federal da 9ª Vara Seção Judiciária da Bahia, o Suscitado.

(CC 0051376-40.2012.4.01.0000 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, Rel.Conv. JUÍZA FEDERAL CLÁUDIA OLIVEIRA DA COSTA TOURINHO SCARPA (CONV.), PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF1 p.580 de 30/08/2013) PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. VARA FEDERAL COMUM E VARA FEDERAL ESPECIALIZADA. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXECUÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ORIGINÁRIO. PERPETUATIO JURISDICTIONIS.

1. A execução fundada em título judicial processar-se-á perante o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição. (CPC, art. 575, II)

2. Os processos da subclasse 4100-execução diversa por título judicial, permanecerão na Vara originária, em razão do disposto no art. 575, II, do Código de Processo Civil e serão compensados, onde não houver Vara especializada em execução fiscal, com processos da classe 4000-execuções diversas (subclasses: 4200-execução diversa por título extra-judicial; 4300-execução diversa por carta; 4400-execução diversa-outras). (Provimento COGER 68/99 - art. 2º, § 5º).

3. Os processos principais e seus dependentes, apensados ou não, e, bem assim, os processos cujas ações guardem conexão entre si, serão redistribuídos para a mesma Vara Federal, considerando-se o destino do processo que determinou a prevenção e fazendo-se a compensação (Provimento COGER 68/99 - art. 2º, § 3º)

4. A competência é determinada no momento da propositura da ação, sendo irrelevantes as modificações posteriores. A especialização de varas não afasta a aplicação do princípio da perpetuatio jurisdictionis na fase da execução.

5. Precedentes deste Tribunal.



6. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 3ª Vara/ MG, o suscitado.

(CC 0049201-78.2009.4.01.0000 / MG, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ÂNGELA MARIA CATÃO ALVES, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL MIGUEL ANGELO DE ALVARENGA LOPES (CONV.), PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF1 p.45 de 26/04/2010)

Assim, a aplicação da regra contida nos arts. 475-P, inciso II, e 575, II, ambos do Código de Processo Civil, é medida que se impõe, em observância ao princípio da legalidade e do juiz natural, sendo o DD. Juízo da 3ª Vara da SJ/GO, que julgou a ação na qual se originou o título executivo, o competente não só para processar a subsequente execução/cumprimento de sentença, como também para conhecer e julgar a impugnação que lhe corresponde.

Nesse mesmo sentido foi o acórdão proferido nos autos do Conflito de Competência 0057263-05.2012.4.01.0000/GO, de minha relatoria, cuja ementa transcrevo abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO EM OPOSIÇÃO AOS ATOS DE EXECUÇÃO. PREVENÇÃO DO JUÍZO DA AÇÃO EXECUTIVA/ CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CONFLITO CONHECIDO.

1. Conflito suscitado entre juízos da mesma seção judiciária.

2. Existe conexão entre a ação em que se visa desconstituir o título executivo e a correlata ação de execução, por representar aquela meio de oposição aos atos executórios, de natureza idêntica a dos embargos do devedor.

3. Havendo manifesta conexão entre a ação executiva/cumprimento de sentença e aquela em que se busca a desconstituição do respectivo título executivo impõe-se a reunião dos feitos perante o juízo prevento, nos termos do art. 106 do Código de Processo Civil, em homenagem

aos Princípios da Segurança Jurídica e da Economia Processual.

4. Conflito julgado procedente, para declarar competente o Juiz Federal Substituto da 3ª Vara

Federal da Seção Judiciária de Goiás, suscitante.

(CC 0059208-27.2012.4.01.0000 / GO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CANDIDO MORAES, PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF1 p.6 de 01/09/2014)

Ante o exposto, acompanhando a divergência inaugurada pelo Desembargador Federal Néviton Guedes, voto no sentido de que seja reconhecido como competente para processar a ação de impugnação ao cumprimento de sentença em cujos autos foi suscitado o incidente sob apreciação o juiz federal da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás, ora suscitado.

## Segunda Seção

Numeração única: 0002354-67.2005.4.01.4200

Embargos Infringentes 2005.42.00.002354-5/RR

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz  
Embargante: Neudo Ribeiro Campos  
Advogados: Dr. Marcelo Luiz Ávila de Bessa e outro  
Embargado: Ministério Público Federal  
Procurador: Dr. Renato Brill de Góes  
Publicação: e-DJF1 de 10/03/2016, p. 106

## Ementa

*Processual Civil. Constitucional. Embargos infringentes. Improbidade administrativa. Convênio celebrado entre a Suframa, o Estado de Roraima e o DER/RR. Repasse de recursos destinados à pavimentação de trecho da rodovia RR 319 - posterior transferência dos recursos da conta específica para contas bancárias a ele estranhas. Desvio de finalidade. Ato de improbidade configurado. Aplicação das sanções. Reforma de parte da sentença pelo acórdão embargado. Pretensão de afastamento das sanções de perda da função pública (mantida pelo acórdão) e de suspensão dos direitos políticos (reduzida pelo acórdão embargado). Prevalência do voto-vista minoritário que fixou apenas pena de multa e proibição de contratar com o Poder Público. Inconsistência. Não conhecimento da matéria quanto ao pedido de afastamento da função pública e manutenção do voto médio quanto ao pleito de afastamento da suspensão dos direitos políticos.*



I. Os embargos infringentes são cabíveis quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, sentença de mérito ou houver julgado procedente ação rescisória, e, na hipótese de o acórdão ter sido parcial, os embargos devem restringir-se à matéria objeto da divergência.

II. Na hipótese, embora tenha havido divergência nos votos condutores do acórdão, no tocante à sanção de perda da função pública, e o resultado do acórdão embargado tenha sido não unânime, com a reforma de parte da sentença, a matéria relativa à perda da função pública foi mantida pelo julgado na forma determinada na sentença, fato que não autoriza o conhecimento dos embargos infringentes quanto à perda da função pública.

III. Adequadamente ajustadas no acórdão embargado as sanções estabelecidas na sentença monocrática, em observância ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, conforme se verifica do voto médio, e corretamente recorrido pelo Ministério Público Federal na contraminuta aos embargos, insubsistente se mostra a pretensão de afastamento de suspensão dos direitos políticos pleiteada pelo embargante.

IV. Embargos infringentes não conhecidos quanto ao pedido de afastamento da perda da função pública e improvido no tocante ao pleito de afastamento da suspensão dos direitos políticos.

## Acórdão

Decide a Seção não conhecer dos embargos infringentes quanto ao pedido de afastamento de perda da função pública e negar-lhe provimento no tocante ao pleito de afastamento de suspensão dos direitos políticos, à unanimidade.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 24/02/2016.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz:* — Trata-se de embargos infringentes interpostos por Neudo Ribeiro Campos (fls. 1623-1656), contra o acórdão proferido pela Terceira Turma deste Tribunal Regional Federal, que restou assim ementado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONVÊNIO CELEBRADO ENTRE A SUPERINTENDÊNCIA DA ZONA FRANCA DE MANAUS - SUFRAMA, O ESTADO DE RORAIMA E O DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DE RORAIMA - DER/RR - REPASSE DE RECURSOS DESTINADOS À PAVIMENTAÇÃO DE TRECHO DA RODOVIA RR 319 - POSTERIOR TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS, DA CONTA ESPECÍFICA DO CONVÊNIO PARA CONTAS BANCÁRIAS A ELE ESTRANHAS - DESVIO DE FINALIDADE - PRÁTICA DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DEFINIDO PELO ART. 11, I, DA LEI 8.429/92 - APLICAÇÃO DOS AFORISMOS DA MIHI FACTUM, DABO TIBI JUS E JURA NOVIT CURIA - PRESENÇA DE DOLO - CONDENAÇÃO DOS RÉUS.

I - Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal contra os então Secretário de Estado da Fazenda e Governador do Estado de Roraima, em decorrência do Convênio 123/99, celebrado, em 30/12/99, entre a Superintendência da Zona Franca de Manaus - SUFRAMA, o Estado de Roraima e o Departamento de Estradas de Rodagem de Roraima - DER/RR, por meio do qual fora repassada a

importância de R\$ 2.600.000,00, para a pavimentação da Rodovia RR 319, no trecho BR 174/Rio Surumu, com 21 km de extensão, além da participação do Estado de Roraima, no importe de R\$ 260.000,00, totalizando a obra o valor de R\$ 2.860.000,00. II - Prática de ato de improbidade administrativa, decorrente do fato de a importância de R\$ 2.600.000,00 ter sido depositada em conta específica, mantida para o Convênio, sendo constatada, pela Comissão de Tomada de Contas Especial da SUFRAMA, posterior transferência de R\$ 2.000.000,00 para conta única de movimento do DER/RR, no Banco do Brasil, e de R\$ 600.000,00 para conta corrente mantida junto ao Banco da Amazônia, ambas mediante ordens bancárias subscritas pelos réus, Neudo Ribeiro Campos e Roberto Leonel Vieira, sem qualquer informação sobre o destino dos recursos, dificultando a fiscalização e a comprovação de que teriam sido aplicados, efetivamente, no objeto do Convênio. III - A conduta atribuída aos réus, correspondente à descrita no art. 10, XI, da Lei 8.429/92 - liberação de verba pública sem observância das normas pertinentes - não corresponde à conduta efetivamente praticada, uma vez que liberação (de verba), na acepção da legislação financeira, significa disponibilizar a verba pública para alguém, originariamente, e não em momento posterior. In casu, a liberação dos recursos ocorreu no momento em que a SUFRAMA depositou o valor de R\$ 2.600.000,00, na conta específica do Convênio em apreço, e não quando os réus, em afronta à cláusula 8ª do Convênio 123/99, repassaram o numerário, da conta específica do aludido Convênio, para

outras contas bancárias, em momento posterior. Inteligência dos aforismos *Da mihi factum, dabo tibi jus* e *Jura novit curia*, porquanto a tipificação do ato de improbidade administrativa em apreço amolda-se ao comportamento definido pelo art. 11, I, da Lei 8.429/92 ('praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência').

IV - Ilicitude que se encontra 'configurada pela ausência dos extratos bancários da conta específica, o que impossibilitou à Administração meios para o controle e fiscalização da destinação dada aos recursos públicos. Em se tratando de dinheiro público, é imperioso que o administrador permita a aferição do destino dado ao recurso, pois, ao contrário, está latente o desvio de finalidade' (TRF/1ª Região, AC 2004.43.00.001414-7/TO, Relatora Juíza Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 4ª Turma, unânime, e-DJF1 de 04/11/2008, p. 590).

V - A irregularidade não residiu em mera formalidade, mas na vontade de colocar os recursos do Convênio a salvo da fiscalização, impossibilitando a apuração de sua regular aplicação, na efetiva execução da obra que constitui seu objeto. Agiram os réus, dessa forma, com o propósito de encobrir futuro desvio de finalidade, imbuídos de má-fé, mesmo porque o Convênio 123/99 foi assinado por Neudo Ribeiro Campos, tendo ele ciência do disposto em sua cláusula 8ª. Não se trata, ademais, de um caso isolado, porque é sabido que várias práticas de tal natureza ocorreram no Governo de Roraima, com transferência de recursos federais de convênios, que deveriam permanecer em conta bancária específica, para outras contas, inclusive do DER/RR, permitindo o desvio de recursos federais para o pagamento de servidores fictícios, no que se intitulou 'Escândalo dos Gafanhotos', conforme apurado em vários Inquéritos Policiais e Ações Penais, apreciados originariamente ou em competência recursal, pelo TRF/1ª Região.

VI - Ao julgar a Tomada de Contas Especial instaurada pela SUFRAMA, em decorrência de irregularidades na execução do Convênio em tela, o Plenário do Tribunal de Contas da União julgou irregulares as contas, condenando os subscritores da avença ao pagamento da quantia de R\$ 2.000.000,00 e de multa individual de R\$ 5.000.000,00 (Acórdão n. 1.058/2005).

VII - Presença de dolo dos agentes, por isso que praticaram a conduta de forma deliberada, livre e consciente, atentando contra os princípios da Administração Pública e violando os deveres de honestidade, legalidade e lealdade às instituições.

VIII - Condenação dos réus ao pagamento de multa civil, equivalente a R\$ 260.000,00, atualizado; na proibição de contratarem com o Poder Público, ou receberem benefícios/incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de três anos; na suspensão dos direitos políticos,

por cinco anos; e na perda da função pública. IX - Preliminares rejeitadas. Apelações parcialmente providas. (fls. 1540/1541).

#### Argumenta o embargante que:

As razões e princípios jurídicos invocados pela em. Juíza Federal para justificar o seu voto revelam os fundamentos suficientes pelos quais deve prevalecer o seu entendimento pelo descabimento da penalidade de suspensão dos direitos políticos em relação ao ora embargante, bem como da perda de cargo, função, emprego ou mandato público que eventualmente esteja exercendo à época do trânsito em julgado da ação, ante a manifesta ausência de gravidade na conduta que lhe foi imputada pela condenação. (fl. 1635).

[...]

Outrossim, firmou-se o entendimento unânime quanto à indispensável observância da proporcionalidade entre a pena aplicada ao agente e o ato de improbidade praticado, a fim de evitar a cominação de sanções destituídas de razoabilidade em relação ao ilícito.

Com relação especificamente à pena de suspensão dos direitos políticos, tendo em mira justamente a observância dos apontados princípios, considera aquela C. Corte tratar-se da mais drástica das penalidades estabelecidas no art. 12 da Lei n. 8.429/92, razão pela qual sua aplicação somente está legitimamente autorizada aos casos graves de improbidade. (fl. 1639).

[...]

"Ora, analisado o caso concreto à luz dos referidos princípios, a outra conclusão não se pode chegar senão a de que inexistente na conduta do réu/embargante gravidade suficiente a justificar a aplicação das penalidades de suspensão dos direitos políticos e de perda da função pública (ou cargo, emprego ou mandato público), especialmente em se considerando que não houve enriquecimento ilícito de sua parte e não houve inexecução do objeto do convênio, restando afastada a configuração de prejuízo ao Poder Público, pois as obras foram concluídas, tendo os recursos públicos alcançado o seu desiderato. (fl. 1650).

[...]

Justamente em razão da manifesta violação aos princípios constitucionais apontados, não há como prevalecer a conclusão externada pelo voto médio que prevaleceu, restando evidente o descabimento das penalidades de suspensão dos direitos políticos e de perda da função pública no caso concreto, na linha da argumentação desenvolvida no voto minoritário da em. Juíza Federal Luciana Pinheiro Costa Mayer Soares, que, portanto, deve prevalecer. (fl. 1655).

Ao final, postula:

Diante do exposto, espera e requer o embargante:

a) a intimação do embargado para apresentação de contrarrazões;

b) a admissão do recurso nos seus regulares efeitos, tal como na apelação, ante o seu manifesto cabimento na hipótese em exame, com distribuição dos autos a novo relator;

c) ao final, a inclusão do feito em pauta para apreciação e julgamento pela Eg. Segunda Seção, dando-se provimento aos embargos infringentes para que seja reformado o acórdão recorrido no que tange às penalidades de suspensão dos direitos políticos do réu/embargante e da perda da função pública, de modo que prevaleça o voto minoritário proferido pela em. Juíza Federal Luciana Pinheiro Costa Mayer Soares, com o consequente provimento parcial e reforma da sentença, no ponto, para afastar a aplicação das referidas sanções (suspensão dos direitos políticos e de perda de cargo, função, emprego ou mandato público que esteja exercendo o réu à época do trânsito em julgado da ação). (fl. 1656).

Contrarrazões pelo embargado às fls. 1.685-1.695, pugnando pelo não conhecimento dos embargos infringentes quanto à aplicação da sanção de perda da função pública e, no mais, pelo seu improvimento.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 1.704-1.705 pelo conhecimento e não provimento dos embargos infringentes.

É o relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço em parte os presentes embargos infringentes.

O embargante almeja que esta 2ª Seção modifique decisão oriunda da 3ª Turma deste Tribunal para fazer prevalecer o entendimento manifestado em voto-vista, minoritário, proferido pela Juíza Federal Luciana Pinheiro Costa Mayer Soares, que, em seu voto, estabeleceu:

Ouvi atentamente a sustentação oral feita pelo causídico do apelante Neudo Ribeiro Campos, razão por que pedi vista dos autos.

Trata-se de apelações interpostas por Neudo Ribeiro Campos, ex-Governador de Roraima, e Roberto Leonel Vieira, ex-Secretário

da Fazenda, contra sentença em ação civil por ato de improbidade administrativa, proposta em face deles pelo Ministério Público Federal, em razão de movimentação indevida de verbas retiradas de conta específica de convênio, repassando-as para outras duas contas.

A imputação feita pelo Ministério Público Federal aos réus foi ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, na forma de liberação de verbas públicas sem a estrita observância das normas pertinentes, tipificada no art. 10, inciso XI, da Lei de Improbidade Administrativa, consubstanciada na conduta de transferir irregularmente verba de convênio, desatendendo à regra que determina a sua manutenção na conta específica.

A Lei 8.429/92 estabelece no seu art. 10:

‘Art. 10 - Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei e, notadamente:

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para sua aplicação irregular;’

Essa é a conduta imputada aos apelantes.

Num breve relato do caso, tem-se que a SUFRAMA (Superintendência da Zona Franca de Manaus, concedente) celebrou com o Estado de Roraima (conveniente) e com o Departamento de Estradas de Rodagem de Roraima – DER/RR (executor), em 30/12/1999, o Convênio n. 123/1999 (fls. 48/57), por meio do qual a SUFRAMA repassou R\$ 2.600.000,00 (dois milhões e seiscentos mil reais) para a pavimentação da Rodovia RR 319, no trecho BR 174/Rio Surumu, com 21 km de extensão. O Estado de Roraima deveria arcar com 10% (dez por cento) desse valor, ou seja, R\$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil reais), totalizando o valor aplicado na obra R\$ 2.860.000,00 (dois milhões oitocentos e sessenta mil reais).

Os R\$2.600.000,00 (dois milhões e seiscentos mil reais) foram depositados na conta especificamente criada e mantida para o convênio (conta-convênio n. 11.122-8, no Banco do Brasil, Agência 0250-X, fl. 108), em 09/04/2000. Mas, a seguir, em 13/04/2000, R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) foram transferidos para a conta corrente n. 196.042-8, no Banco da Amazônia S/A - BASA, mediante Ordem Bancária n. 2000.OB.6366 (fls. 112/115), e R\$2.000.000,00 (dois milhões) foram transferidos para a conta única do DER/RR n. 31.679-2, no Banco do Brasil, mediante Ordem Bancária n. 2000.OB.6104 (fls. 109/110).

Está comprovada a movimentação de verbas da conta específica do convênio para contas diversas, verbas que somente poderiam ser sacadas para pagamento das obrigações decorrentes da execução do convênio ou para a aplicação financeira

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello e os Exmos. Srs. Juízes Federais Guilherme Fabiano Julien de Rezende, Rosimayre Gonçalves de Carvalho e Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocados).

determinada pela lei para os casos de não-aplicação imediata dos recursos no objeto pactuado. Essa obrigação deriva da cláusula oitava do Termo de Convênio, combinada com o art. 20 da Instrução Normativa/Secretaria do Tesouro Nacional 01/1997. O referido art. 20 dispõe:

Art. 20. Os recursos serão mantidos em conta bancária específica, somente sendo permitidos saques para o pagamento de despesas previstas no Plano de Trabalho, mediante cheque nominativo ao credor ou ordem bancária, ou para aplicação no mercado financeiro.

Também está demonstrada a autorização de migração dos valores, fundada nas assinaturas pelos então Governador do Estado e Secretário de Estado da Fazenda das ordens bancárias de transferência dos recursos da conta corrente específica para o convênio para as contas correntes já mencionadas (fls. 109 e 112).

Portanto, as referidas autoridades, ao 'liberarem verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes', segundo a imputação, teriam praticado ato de improbidade administrativa, a despeito de o ordenador de despesas e executor do convênio ser o DER/RR.

Por conseguinte, a movimentação da verba, fora da conta específica, conduziria à conclusão de que pode ter servido para encobrir o desvio dos recursos públicos federais, usados, assim, para finalidade diversa da pactuada. Dessarte, a transferência impediria a comprovação de que esses recursos federais tenham sido aplicados no objeto do convênio.

A irregularidade está, pois, na impossibilidade de se apurar a boa e regular aplicação dos recursos destinados pelo Convênio n. 123/1999 na execução de seu objeto, ainda que este, ao final, tenha sido realizado.

A sentença firmou o entendimento de que 'a transferência dos recursos da conta específica do convênio para outras contas da Administração direta ou indireta do Estado de Roraima não é somente uma irregularidade; na verdade constitui verdadeira improbidade na medida em que tenta dificultar ou impedir a fiscalização da aplicação correta dos recursos públicos federais.'

O MM. Juiz a quo julgou procedentes os pedidos para condenar os requeridos nas penas cominadas ao art. 10, inciso XI, da Lei de Improbidade: de perda da função pública; ressarcimento aos cofres públicos no valor de R\$ 2.600.000,00 (dois milhões e seiscentos mil reais); pagamento de multa civil no valor equivalente a duas vezes o valor do dano, no importe de R\$ 5.200.000,00 (cinco milhões e duzentos mil reais); suspensão dos direitos políticos por 08 (oito anos); proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios/incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 05 (cinco) anos.

No julgamento que hoje prossegue entendeu o relator, preliminarmente, pela aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa a Governador de Estado; pela inexistência de impedimento ou suspeição do juiz a quo, por não se poder afirmar que o impedimento declarado por ele em outro processo em que o apelante seja parte diga respeito à sua pessoa e por não haver prova nos autos de causa de tais condições. Ainda, entendeu pela competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito, porque a competência para a ação de improbidade administrativa fixa-se em razão da pessoa, motivo pelo qual, sendo o Ministério Público Federal o autor da ação, deve ser reconhecida a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito.

Até aqui, acompanho o voto do relator pelos argumentos que o fundamentam. A partir daí, no entanto, peço vênia para a divergência.

Inicialmente, a tipicidade da conduta dos apelantes está calcada, tão-somente, na assinatura por eles das ordens bancárias e nada mais. Agiram, pois, contrariamente ao comando legal. Praticaram, pois, uma ilegalidade. Mas, para que fique caracterizada a improbidade, na forma do dispositivo atribuído pelo Ministério Público aos réus, há de haver o dolo, a intenção - eventual ou não - associada ao resultado dano ao Erário.

Com efeito, os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário tipificados no art. 10 da Lei de Improbidade administrativa, à luz da atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, exigem a comprovação do efetivo dano ao erário, diferentemente daqueles tipificados no art. 11, que atentam contra os princípios da administração pública, os quais dispensam tal requisito objetivo. (Cf. STJ, AgRg no REsp 1177579/PR, Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 19/08/2011; REsp 1169153/SP, Ministro Teori Zavascki, Primeira Turma, DJe 24/08/2011.)

Veja-se, ainda, a propósito, os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDÍCIOS.

1. A ação de improbidade administrativa exige prova certa, determinada e concreta dos atos ilícitos, para ensejar condenação. Não se contenta com simples indícios, nem com a verdade formal.

2. Acórdão que reconheceu existir, apenas, indícios da prática de improbidade administrativa. Improcedência do pedido que se impõe. (Cf. STJ, RESP 976.555/RS, Primeira Turma, Ministro José Delgado, DJe 05/05/08.)

'...

4. 'A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.'

5. À luz de abalizada doutrina: 'A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o 'funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer'. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem (...)' in José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p-669. (Destques nossos.) (Cf. STJ, RESP 1.103.633/MG, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, DJe 03/08/10.)

Conforme o próprio relator afirma em seu voto, 'insta ressaltar que a demanda possui como causa de pedir remota, exclusivamente, o desrespeito às normas aplicáveis quanto à utilização das verbas públicas recebidas em razão de convênio. Não se alega inexecução do objeto conveniado, razão pela qual deixo de analisar as teses de defesa nesse sentido.'

Além de não se alegar a inexecução do objeto conveniado, noticiam os autos que o convênio foi executado de forma satisfatória e sem prejuízos ao Poder Público.

Comefeito, no Relatório de Acompanhamento n. 046/01 (fls. 245/251), que trata da fiscalização final do projeto, ocorrida em 18/07/01, o Engenheiro Civil Cleber do Rego Souza afirma que (fl. 246):

'... percorremos toda a extensão da Rodovia, onde constatamos que o projeto se encontrava com aproximadamente 97,7% de seus serviços concluídos, restando para finalizar o objeto do Convênio apenas os serviços referentes aos itens 4.0 – DRENAGEM SUPERFICIAL E PROFUNDA e 8.0 – PROTEÇÃO AMBIENTAL, ambos previstos na Planilha Orçamentária de obras.'

E continua afirmando (fl. 246):

'É válido ressaltar que as condições de tráfego oferecidas por aquela estrada são as melhores possíveis, tendo em vista que a mesma está toda sinalizada por faixas e através de placas ao longo de sua extensão, conforme pode ser observado nas fotografias anexas a esse documento.'

O objetivo do convênio era pavimentar a Rodovia RR-319, para facilitar o escoamento de produtos agrícolas locais, tornando mais ágil sua distribuição para diversas localidades e até mesmo outros países (fl. 59). De acordo com a avaliação sócio-econômica da obra, feita em 1º de julho de 2003 pela Coordenação de Fiscalização e Avaliação de Projetos de Desenvolvimento da SUFRAMA, tal

objetivo foi atingido, gerando oportunidade de emprego, renda e melhores condições de vida a cerca de 90 (noventa) famílias (Relatório n. 004/2003, fls. 273/279).

Pode-se concluir que foi alcançado, a despeito de sua execução não ter ocorrido no prazo previsto, consoante se depreende do Ofício 6640/00 – SAP (Superintendente Adjunto de Planejamento, em exercício) – que noticia a expiração da vigência do convênio em 3 de novembro de 2000 (fl. 76) –, e a conclusão significativa das obras (98,66%) deu-se em novembro de 2001, segundo informa o Ofício 0164 - SAP (fl. 81).

Ademais, inexistente demonstração de que os apelantes 'influíram de qualquer forma para a aplicação irregular' da verba, de que concorreram, direta ou indiretamente, para os supostos atos ímprobos. O acervo probatório carreado aos autos não traz a notícia de que foi dada outra destinação à verba do convênio. Ao contrário, o que se tem nos autos é a aplicação dela no seu objeto. E não se pode condenar com base em presunção.

Não ficou demonstrado que os apelantes agiram com a vontade específica ou assumiram o risco de desviar as verbas federais da aplicação original que lhe fora dada pela lei.

Assim, o exame do acervo probatório conduz à conclusão de que, apesar das irregularidades havidas, não houve demonstração da improbidade administrativa imputada aos ora apelantes.

Ora, se a subsunção da conduta dos réus à norma do art. 10 exige a comprovação do dano ao erário e ele não é sequer alegado, a condenação não se sustenta.

Entretanto, entendeu o relator que o repasse da quantia a outras contas não específicas sem a respectiva identificação dos posteriores destinatários não constitui mera irregularidade e caracteriza verdadeira burla às normas aplicáveis ao fato em análise, desrespeitando os princípios da Administração Pública, especialmente o da legalidade e da publicidade, inviabilizando a sua respectiva fiscalização. E, afastando-se da imputação feita na inicial (art. 10), termina por reconhecê-la como ato de improbidade, que lesionou os princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11, I, da Lei de Improbidade Administrativa.

Como se sabe, a Lei 8.429/92, ao prever três hipóteses distintas de improbidade - que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), que causam prejuízo ao erário (art. 10) e que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) - pretendeu alcançar da forma mais abrangente possível os atos que possam ofender os princípios da Administração Pública.

De modo que as hipóteses tipificadas nos artigos 9º e 10, todas elas, genericamente, constituiriam ofensa aos princípios previstos no art. 11, revelando-se este como de aplicação residual,



quando a conduta tida como ímproba não tiver adequação naqueles dispositivos.

A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada cum grano salis, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além do que o legislador pretendeu. (STJ, REsp 1130198/RR, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010.)

No caso, observa-se que o relator transmudou a condenação dos réus para os termos do art. 11, inciso I, que consiste em praticar ato visando a fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência. Houve como que uma desclassificação do enquadramento da conduta dos réus.

Ocorre que, embora não se possa perder de vista que a natureza sancionatória da lei de improbidade aproxima-a do referencial teórico penal e processual penal - vg adequação típica, presunção de inocência, individualização da pena, proporcionalidade e legalidade – ‘a improbidade é levada ao exame judicial através do processo civil, processo em que a demanda e seus contornos são, tradicionalmente, desenhados pelo autor, em face do chamado princípio dispositivo’. (Desafios na aplicação da Lei de Improbidade, André Pimentel Filho).

Daí, tendo o Ministério Público Federal requerido a condenação dos réus nas sanções do art. 10, inciso XI, da Lei de Improbidade, pedido esse que fora acolhido na sentença recorrida, parece-me ferir a congruência entre o provimento jurisdicional e o pedido a manutenção da condenação, com fundamento típico diverso (art. 11, inciso I), na forma proposta pelo relator, porque ‘[c]om efeito, em nome do princípio da correlação entre pedido e sentença, não é lícito ao juiz conceder tutela sancionatória não pleiteada na petição inicial.’ (Idem.)

Por outro lado, ainda que não se entenda aplicar à ação de improbidade o princípio dispositivo, ‘[a] norma em foco [do art. 11, I] autoriza a pesquisa do ato administrativo a fim de revelar se o mesmo está íntegro ou, ao contrário, apenas aparentemente atende à lei, se os motivos e seu objeto têm relação com o interesse público, se houve algum uso ou abuso do administrador, se a finalidade foi atendida de acordo com o sistema jurídico e assim por diante. (...) O dispositivo refere-se de fato ao conhecido desvio de finalidade, tal como definido, aliás, no parágrafo único do art. 2º da Lei 4.717/65.’ (Marcelo Figueiredo; Proibidade Administrativa; Comentários à Lei 8.429/92; 6ª Edição, Malheiros Editores, p. 121).

Trata-se de conduta diversa da atribuída aos réus, porquanto regula a prática de um ato

administrativo visando a objetivo diverso do interesse público, hipótese que não se enquadra à descrita nos autos.

Logo, a conduta dos réus não é alcançada pela tipicidade do art. 10, por ausência de imputação ou de comprovação do prejuízo ao erário, nem pela do art. 11, por não se enquadrar em situação de desvio de finalidade, impondo, portanto, o julgamento improcedente do pedido.

Assim, a hipótese é de provimento das apelações para julgar-se improcedentes os pedidos. E, ausente a má-fé do Ministério Público Federal, não cabe impor-lhe ônus de sucumbência. (Cf. STJ, EREsp. 895.530/PR, Primeira Seção, Ministra Eliana Calmon, DJe 18/12/09).

Por sobre isso, mesmo se se entender, como o fez o relator, que a conduta dos recorrentes incida no art. 11, inciso I, da Lei de Improbidade, peço vênia para divergir quanto à aplicação da pena.

Nesse caso, a hipótese é de se dar parcial provimento às apelações, se adotados o raciocínio e fundamentos seguintes.

O Juiz a quo assim decidiu:

a) condenar solidariamente NEUDO RIBEIRO CAMPOS e ROBERTO LEONE VIEIRA A ressarcirem aos cofres públicos federais o valor de R\$ 2.600.00,00 (dois milhões e seiscentos mil reais), atualizados desde 14/04/2000;

b) aplicar multa civil, ainda de forma solidária, a NEUDO RIBEIRO CAMPOS e ROBERTO LEONEL VIEIRA que arbitro em duas vezes o valor do dano causado, resultando no valor de R\$ 5.200.000,00 (cinco milhões e duzentos mil reais);

c) proibir NEUDO RIBEIRO CAMPOS e ROBERTO LEONEL VIEIRA de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios/incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco (5) anos;

d) decretar a suspensão dos direitos políticos de NEUDO RIBEIRO CAMPOS e ROBERTO LEONEL VIEIRA pelo prazo de 08 (oito) anos, a partir do trânsito em julgado desta sentença;

e) decretar a perda de cargo, função, emprego ou mandato público que estejam exercendo os requeridos NEUDO RIBEIRO CAMPOS e ROBERTO LEONEL VIEIRA à época do trânsito julgado desta sentença.

Por sua vez, entendeu o relator que merece reforma a sentença recorrida, o que fez em seu voto nos seguintes termos:

a) Primeiramente, deve ser afastada a pena de ressarcimento, pois não se pode afirmar que o objeto conveniado não foi cumprido, eis que não foi feita qualquer alegação, nem produzida prova, nesse sentido. Não há que se falar, portanto, em dano.

b) Impõe-se igualmente a reforma da pena de multa, pois analisando os valores envolvidos e



as consequências da conduta, deve-se diminuí-la a 10% (dez por cento) do valor do convênio, ou seja, de R\$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil reais).

c) As demais penas mostram-se razoáveis e proporcionais ao caos em tela, não havendo falar em modificação.

Vê-se, portanto, que o juiz sentenciante fixou, como consequências do ato de improbidade praticado pelos recorrentes, cumulativamente, todas as sanções previstas para o art. 10, em seus limites máximos, sem qualquer fundamentação para tanto, ofendendo o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade da punição.

Por outro lado, o relator, tendo caracterizado a conduta como subsumida no art. 11, manteve as sanções aplicadas pelos parâmetros do art. 10, tão somente afastando a obrigação de ressarcimento e reduzindo a multa para 10% do valor do convênio.

Quanto a afastar o ressarcimento, ponho-me de acordo com o relator pelos seus próprios fundamentos. No entanto, nos demais pontos, com a devida vênia, tenho que a fixação da sanção foge aos princípios constitucionais e balizamentos traçados pelo art. 12 da Lei de Improbidade para os atos descritos no seu art. 11.

Com efeito, previu o mencionado dispositivo: ressarcimento integral do dano, se houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos de 3 a 5 anos; multa civil de até 100 vezes a remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios/incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos.

Logo, as consequências cominadas para os atos de improbidade previstos no art. 11 são muito menos severas do que aquelas previstas para o art. 10, que abrange a suspensão dos direitos políticos de 5 a 8 anos; multa de até 2 vezes o valor do dano e proibição de contratar pelo prazo de 5 anos.

Nesse ponto, deve-se observar, como já se disse, que a natureza sancionatória da lei de improbidade aproxima-a do referencial teórico penal, exigindo que a aplicação das sanções seja norteada pelos princípios da presunção de inocência, individualização da pena, proporcionalidade e legalidade. Nos termos do art. 12, parágrafo único, da Lei 8.429/92, na fixação das penas o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente, podendo ser aplicadas de modo cumulativo ou não. (STJ, AgRg no AREsp 11.146/RS, Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/08/2011.)

Mais: é preciso analisar a razoabilidade e a proporcionalidade em relação à gravidade do ato improbo e à cominação das penalidades, as quais podem ocorrer de maneira cumulativa ou não. (STJ, AgRg no REsp 1242939/SP, Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/05/2011.)

Outrossim, não se pode perder de vista que o espectro sancionatório da lei de improbidade induz interpretação que deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição. (STJ, REsp 1130198/RR, Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; RESP 664856/PR, DJ 02/05/2006; RESP 507574/MG, Ministro Teori Zavascki, DJ 08/05/2006; RESP 513.576/MG, Ministro Teori Zavascki, DJ 06/03/2006; RESP 291.747, Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 18/03/2002; RESP 300.184/SP, Ministro Franciulli Netto, DJ 03/11/2003 e RESP 505.068/PR, DJ de 29/09/2003.)

Assim, em atenção a esses princípios, se a conduta dos recorrentes configurar ato de improbidade previsto no art. 11, inciso I, e for possível a condenação nas sanções nele previstas não obstante a imputação referir-se ao art. 10, tenho que as penas de perda da função pública e suspensão de direitos políticos são desarrazoadas e desproporcionais para o caso. Com efeito, a suspensão dos direitos políticos é a mais drástica das penalidades estabelecidas no art. 12 da Lei 8.429/92, devendo ser aplicada tão somente em casos graves. (STJ, AgRg no AREsp 11.146/RS, Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/08/2011.)

Imagine-se, por exemplo, que o ato de improbidade fosse o descumprimento do convênio com a não realização da obra e a apropriação da verba. Nesse caso, de gravidade indiscutivelmente superior, não resta dúvida de que a pena aplicada deveria ser a máxima, a mesma que acabou aplicada ao presente caso, em que não se alega nem se prova que o convênio tenha sido descumprido.

Portanto, considero desnecessária a cumulação de todas as penas nos termos do art. 12, inciso III, da Lei 8.429/1992, e mais adequada a aplicação de multa civil, que fixo para cada um dos réus em 50 vezes a remuneração então percebida por eles e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios/incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Nesse caso, consoante afirmado alhures, voto pelo parcial provimento das apelações.

Sem sucumbência. (Cf. STJ, EREsp. 895.530/PR, Primeira Seção, Ministra Eliana Calmon, DJe 18/12/09). (fls. 1478/1488).

Por sua vez, o voto-vista, médio, da Desembargadora Federal Assusete Magalhães, hoje ministra do colendo Superior Tribunal de Justiça, divergiu do voto do relator, estabelecendo:

Requer o Ministério Público Federal, na petição inicial da presente Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, a condenação dos réus 'nas penas da lei, previstas no artigo 12, II, da Lei n. 8.429/92' (fl. 22), pela prática do ato de

improbidade administrativa definido pelo art. 10, XI, do mesmo diploma legal (fls.10 e 16).

Relata o autor, na peça inaugural, em síntese, que, em 30/12/99, a Superintendência da Zona Franca de Manaus - SUFRAMA celebrou o Convênio n. 123/99 com o Estado de Roraima e o Departamento de Estradas de Rodagem de Roraima - DER/RR, por meio do qual repassou a importância de R\$ 2.600.000,00, para a pavimentação da Rodovia RR 319, no trecho BR 174/Rio Surumu, com 21 km de extensão, além da participação do Estado de Roraima, no importe de R\$ 260.000,00, totalizando a obra o valor de R\$ 2.860.000,00.

A importância de R\$ 2.600.000,00 foi depositada em conta específica, mantida para o Convênio, mas a Comissão de Tomada de Contas Especial da SUFRAMA constatou a posterior transferência de R\$ 2.000.000,00 para conta única de movimento do DER/RR, no Banco do Brasil, e de R\$ 600.000,00 para conta corrente mantida junto ao Banco da Amazônia, ambas mediante ordens bancárias subscritas pelos réus, Neudo Ribeiro Campos e Roberto Leonel Vieira, sem qualquer informação sobre o destino dos recursos, dificultando a fiscalização e a comprovação de que teriam sido aplicados, efetivamente, no objeto do Convênio.

Segundo o autor, não obstante tratar-se, aparentemente, de mera irregularidade formal, as movimentações do recurso, para contas bancárias estranhas ao Convênio, contribuiu para encobrir seu desvio para finalidades outras.

Acrescenta o MPF que, a teor do art. 20 da Instrução Normativa n. 01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional, os recursos transferidos deveriam ser mantidos na conta bancária específica, sendo permitidos saques, apenas, para o pagamento de despesas previstas no Plano de Trabalho, mediante cheque nominativo ao credor ou ordem bancária, ou para aplicação no mercado financeiro.

Acolhendo tal argumentação, a sentença julgou procedente o pedido, condenando os réus a ressarcirem, aos cofres públicos, a importância de R\$ 2.600.000,00, atualizada; ao pagamento de multa civil, equivalente a duas vezes o valor do dano (R\$ 5.200.000,00), atualizado; na proibição de contratarem com o Poder Público, ou receberem benefícios/incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de cinco anos; na suspensão dos direitos políticos, por oito anos; e na perda da função pública (fls. 1.184/1.197).

Com efeito, a irregular movimentação e a autorização para tanto, dada pelos réus, na condição de Governador do Estado e de Secretário Estadual da Fazenda, respectivamente, restaram devidamente comprovadas (fls. 109/112 e 531/532).

A conduta atribuída aos réus, no entanto, correspondente à descrita no art. 10, XI, da

Lei 8.429/92 – liberação de verba pública sem observância das normas pertinentes – não corresponde à conduta efetivamente praticada, uma vez que liberação (de verba), na acepção da legislação financeira, significa disponibilizar a verba pública para alguém, originariamente, e não em momento posterior. In casu, a liberação dos recursos ocorreu no momento em que a SUFRAMA depositou o valor de R\$ 2.600.000,00, na conta específica do Convênio em apreço, e não quando os réus, em afronta à cláusula 8ª do Convênio 123/99, repassaram o numerário, da conta específica do aludido Convênio, para outras contas bancárias, em momento posterior.

Cabe aqui alusão aos aforismos *Da mihi factum, dabo tibi jus* e *Jura novit curia*.

Com efeito, cabe ao juiz ou Tribunal conferir, ao fato, o adequado enquadramento legal. Em outras palavras, deve o magistrado aplicar o direito ao fato, ainda que aquele não tenha sido invocado.

Nesse sentido, aliás, a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça e do TRF/1ª Região:

[...] 1. Em se tratando de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o magistrado não fica adstrito aos pedidos formulados pelo autor.

2. Conforme entende a jurisprudência, basta que o autor faça uma descrição genérica dos fatos e imputações dos réus, sem necessidade de descrever em minúcias os comportamentos e as sanções devidas a cada agente. Essa é a exata compreensão dos princípios do Direito Romano *jura novit curia* e da *mihi factum dabo tibi ius*, em que as leis são do conhecimento do juiz, bastando que as partes lhe apresentem os fatos. (REsp 1.192.583/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24.8.2010, DJe 8.9.2010.) [...] (STJ, AgRg no REsp n. 1.204.965/MT, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, unânime, DJe de 14/12/2010).

'ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REMESSA OFICIAL. NÃO CABIMENTO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EX-PREFEITA MUNICIPAL. LESÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DO ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. DOLO. NECESSIDADE. APELAÇÃO PROVIDA.

1. [...].

2. Não há que se falar em julgamento extra petita, pois a indicação do dispositivo da lei de improbidade é meramente sugestivo, valendo para o magistrado a descrição de conduta capaz de ensejar a incidência. Precedentes do STJ. [...] (TRF/1ª Região, AC n. 2005.42.00.002589-5/RR, Rel. Juíza Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 4ª Turma, unânime, e-DJF1 de 27/06/2008, p. 79).

Como bem demonstrou o eminente Relator, a tipificação do ato de improbidade administrativa em apreço amolda-se ao comportamento definido pelo art. 11, I, da Lei 8.429/92, que reza:

‘Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

[...]

Comentando o referido dispositivo, Marino Pazzaglini Filho leciona que:

‘Afronta o administrador, na espécie, os princípios constitucionais da legalidade, moralidade e finalidade que informam sua atuação funcional, agindo fora dos limites de sua competência ou por motivos diversos ao fim inerente a todas as normas (inobservância do interesse público) e ao móvel específico que anima a regra jurídica que esteja aplicando. Excede suas faculdades administrativas ou atua no âmbito de sua competência, mas com desvio de finalidade.’ (Lei de Improbidade Administrativa Comentada, Atlas, 5ª edição, p. 105).

Com efeito, a Cláusula 8ª do referido Convênio 123/99 prevê que ‘os recursos que forem liberados pela CONCEDENTE serão movimentados pela CONVENENTE através de conta bancária especial, mantida em Banco que integre a rede oficial da União (...) ficando sob a responsabilidade da CONVENENTE a guarda, em arquivo próprio, dos documentos contábeis correspondentes, de modo a facilitar o acompanhamento e a fiscalização por parte da CONCEDENTE ou dos órgãos de controle do Governo Federal” (fls. 51/52).

Consoante já afirmou o acórdão da 4ª Turma do TRF/1ª Região, a que alude o voto do eminente Relator, ‘a ilicitude encontra-se configurada pela ausência dos extratos bancários da conta específica, o que impossibilitou à Administração meios para o controle e fiscalização da destinação dada aos recursos públicos. Em se tratando de dinheiro público, é imperioso que o administrador permita a aferição do destino dado ao recurso, pois, ao contrário, está latente o desvio de finalidade’ (TRF/1ª Região, AC 2004.43.00.001414-7/TO, Relatora Juíza Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 4ª Turma, unânime, e-DJF1 de 04/11/2008, p. 590).

Não bastasse a clareza da cláusula contratual em apreço, preconiza a doutrina, na mesma direção, que ‘o agente público, responsável pela gestão fiscal, tem a obrigação legal de conhecer toda a legislação que rege a matéria em seu campo de atribuições. E, no exercício dessa função pública, é inescusável o desconhecimento das normas que regem a aplicação dos recursos públicos’ (obra citada, p. 71).

A irregularidade, como já se afirmou neste julgamento, não residiu em mera formalidade, mas na vontade de colocar os recursos do Convênio a salvo da fiscalização, impossibilitando a apuração

de sua regular aplicação, na efetiva execução da obra que constitui seu objeto. Não tenho dúvida em afirmar que os réus agiram dessa forma com o propósito de encobrir futuro desvio de finalidade, imbuídos de má-fé, mesmo porque o Convênio 123/99 foi assinado por Neudo Ribeiro Campos, como se vê a fl. 55, tendo ele ciência do disposto em sua cláusula 8ª (fls. 51/52). Não se trata, ademais, de um caso isolado, porque é sabido que várias práticas de tal natureza ocorreram no Governo de Roraima, com transferência de recursos federais de convênios, que deveriam permanecer em conta bancária específica, para outras contas, inclusive do DER/RR, permitindo o desvio de recursos federais para o pagamento de servidores fictícios, no que se intitulou ‘Escândalo dos Gafanhotos’, conforme apurado em vários Inquéritos Policiais e Ações Penais, apreciados originariamente ou em competência recursal, pelo TRF/1ª Região.

Aliás, ao julgar a Tomada de Contas Especial instaurada pela SUFRAMA, em decorrência de irregularidades na execução do Convênio em tela, o Plenário do Tribunal de Contas da União julgou irregulares as contas, condenando os subscritores da avença ao pagamento da quantia de R\$ 2.000.000,00 e de multa individual de R\$ 5.000.000,00 (Acórdão n. 1.058/2005, fls. 29/40).

No Relatório/Voto do Ministro Relator, do TCU (fls. 31/40), restou consignado o inteiro teor de informações prestadas no respectivo feito, dando conta da existência do aludido escândalo ocorrido no Estado de Roraima, contemporâneo à época em que firmado o Convênio 123/99, denominado ‘esquema dos gafanhotos’, no qual estiveram envolvidos o ex-Governador Neudo Campos e inúmeras outras pessoas, sendo tais fatos de notório conhecimento. O desvio fraudulento de verbas federais, como ali relatado, ‘consistia [exatamente] no saque dos recursos federais das contas específicas dos convênios para crédito em contas intermediárias. Na sequência, os recursos eram novamente transferidos para uma conta administrada por empresa privada, que fazia o pagamento de centena de pessoas que estavam incluídas em folha de pagamento específica, mas cujos saques eram efetuados por procuradores de deputados e outros favorecidos do ex-Governador Neudo Campos, tudo com a sua autorização’

Do Relatório/Voto do Ministro Relator da Tomada de Contas Especial colhem-se, ainda, os seguintes trechos:

‘No que diz respeito à avaliação da conduta de responsáveis que exercem cargos de comando na Administração Pública [...] o entendimento dominante, no âmbito desta Corte, é no sentido de que não seria razoável atribuir responsabilidade a tais autoridades por irregularidades de natureza meramente operacional, sendo possível, razoável e necessário, todavia, nos casos de ‘irregularidades grosseiras’, avaliadas sob enfoque amplo [...]’ (fl. 36).

‘Sendo signatário do Convênio, obrigou-se o Sr. Neudo Ribeiro Campos a velar pela correta destinação dos recursos recebidos. Todavia, com seu primeiro ato de execução – a retirada voluntária dos recursos da conta específica – violou frontalmente o ordenamento vigente e os termos do Convênio, comprometeu a transparência da gestão e a fidedignidade da prestação de contas e dificultou, sobremaneira, o controle sobre o efetivo emprego de tais recursos.

O ex-Governador podia e devia ter agido para evitar o resultado lesivo aos cofres da Suframa, negando autorização para a transferência da verba federal da conta específica para a conta-corrente do DER/RR. [...].

Não pairam, pois, dúvidas acerca da responsabilidade direta do Sr. Neudo Ribeiro Campos pelo descumprimento da legislação de regência da matéria, pois o Executivo Estadual deu margem à ocorrência das irregularidades ora tratadas. A agregação de recursos de diversas fontes em uma mesma conta-corrente implica prejuízo ao controle sobre sua destinação, dado não ser possível afirmar, com precisão, a fonte de recursos que efetivamente custeou a consecução do objeto. É patente, portanto, no caso, o envolvimento do responsável nos atos e fatos específicos que originaram o dano ao erário.

[...]

Destarte, não estando configurada a boa-fé do responsável [...] o Ministério Público manifesta-se de acordo com a proposição do Sr. Secretário Substituto da Secex/RR, no sentido da irregularidade das presentes contas [...]’ (fl. 38).

Em que pese a independência existente entre as instâncias administrativa e judicial e o fato de que não foi a decisão do TCU, isoladamente, que determinou o ajuizamento da ação de improbidade administrativa, vale mencionar que tal decisão, em casos como este, constitui elemento coadjuvante da prova, na perquirição da existência do ato de improbidade administrativa.

O dolo dos agentes restou demonstrado, porquanto praticaram a conduta de forma deliberada, livre e consciente, atentando contra os princípios da Administração Pública e violando os deveres de honestidade, legalidade e lealdade às instituições.

O voto da eminente Juíza Federal Convocada Luciana Pinheiro Costa Mayer Soares registra que, não obstante a imputação feita aos respectivos subscritores, ‘o convênio foi executado de forma satisfatória e sem prejuízos ao Poder Público’, nos termos dos documentos de fls. 245/251 e 273/279, a despeito de a execução da obra não ter ocorrido no prazo previsto.

Data venia, ainda que a prova dos autos milita em tal sentido, in casu, o dolo e a má-fé dos réus está no antecedente, e não no consequente, uma vez que o que se está a incriminar é a conduta ilegal,

referente ao repasse dos recursos do Convênio, da conta específica para contas outras, inviabilizando sua fiscalização e acompanhamento, e não a inexecução da obra.

É de se notar que a agregação de recursos de diversas fontes, em uma mesma conta corrente, impede até mesmo a verificação sobre se a obra foi executada, efetivamente, com os recursos próprios do Convênio, e não com verba estranha ao seu objeto, além de impossibilitar a constatação da existência de eventual numerário remanescente, não utilizado, a ser devolvido à SUFRAMA, tal como previsto no Convênio 123/99 (cláusula 9ª, subcláusula 2ª – fl. 52).

No tocante às preliminares arguidas, ponho-me de acordo com o Relator, rejeitando-as, pelos mesmos fundamentos adotados em seu voto.

Em relação às sanções, devem elas ser aplicadas em consonância com o art. 12, III, da 8.429/92, eis que a condenação dos réus ocorre em face do disposto no art. 11, I, da referida Lei 8.429/92.

O ressarcimento integral do dano – como assevera o eminente Relator –, deve ser afastado, já que não se pode afirmar que o objeto do Convênio não foi cumprido. Da mesma forma, o valor da multa civil, igualmente, foi, adequadamente, reduzido, pelo Relator, a R\$ 260.000,00. Quanto à perda da função pública, a sentença merece ser mantida.

Acresço, porém, que, de acordo com o disposto no art. 12, III, da Lei 8.429/92, a proibição de contratar com o Poder Público há de ser fixada pelo prazo de três anos. Pela mesma razão, a suspensão dos direitos políticos há de ser estabelecida no máximo de cinco anos, já que os prazos das sanções, fixadas na sentença, de 5 (cinco) e de 8 (oito) anos, respectivamente, estão previstos no art. 12, II, da Lei 8.429/92, e decorrem da prática de ato de improbidade previsto no art. 10 do referido diploma legal (dano ao Erário). Para tais fins – além daqueles mencionados pelo Relator –, as apelações merecem parcial provimento.

Pelo exposto, pedindo vênias à divergência, acompanho o eminente Relator, mas dou parcial provimento às apelações, em maior extensão, na forma explicitada acima. (fls. 1533/1537).

No caso em exame, o embargante pretende, através dos presentes embargos infringentes, a reforma do julgado proferido pela Terceira Turma, a fim de que seja afastada a sanção de suspensão dos direitos políticos e a sanção de perda da função pública, de forma que prevaleça o voto-vista minoritário, que entendeu, no caso dos autos, ser a pena mais adequada, para cada um dos réus: a aplicação de multa civil de 50 vezes a remuneração então percebida por eles e a proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de três anos.



Com efeito, estabelece o art. 530 do Código de Processo Civil:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

E ainda o art. 301 do Regimento Interno deste Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

Art. 301. Cabem embargos infringentes, no prazo de quinze dias, quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, sentença de mérito ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Como é de se observar, nos termos do art. 530 do Código de Processo Civil, os embargos infringentes são cabíveis quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, sentença de mérito ou houver julgado procedente ação rescisória, e, na hipótese de o acórdão ter sido parcial, os embargos devem restringir-se à matéria objeto da divergência.

No entanto, na hipótese, embora tenha havido divergência nos votos condutores do acórdão, no tocante à sanção de perda da função pública, e o resultado do acórdão embargado tenha sido não unânime, com a reforma de parte da sentença, a matéria relativa à perda da função pública foi mantida pelo julgado na forma determinada na sentença, fato que não autoriza o conhecimento dos embargos infringentes quanto à perda da função pública.

Quanto à sanção de suspensão dos direitos políticos, a sentença monocrática a fixou em 8 (oito) anos; o voto do relator convocado, Dr. Guilherme Mendonça Doepler, a reduziu para 5 (cinco) anos e o voto médio da Desembargadora Federal Assusete Magalhães, hoje ministra do colendo Superior Tribunal de Justiça, a manteve nesse mesmo patamar, buscando afastá-la o embargante.

Sem melhor sorte, nos termos do voto-vista (voto médio), proferido, à época, pela Desembargadora Assusete Magalhães, objeto do acórdão embargado, conforme a contraminuta aos embargos infringentes apresentada pelo Ministério Público Federal (fls. 1.685-1.695) que, por sua pertinência, adoto como razões de decidir, destacando:

[...]

No caso, dos autos, o embargante requer a reforma do acórdão prolatado pela c. 3ª Turma

desse e. TRF1 no tocante: a) à sanção de suspensão dos direitos políticos; e b) à sanção de perda da função pública.

Afirma que o acórdão não unânime reformou a sentença monocrática quanto aos referidos aspectos, razão pela qual seriam cabíveis os embargos infringentes.

Ocorre que a sanção de perda da função pública não foi reformada pelo acórdão embargado, o qual simplesmente manteve o decidido pela sentença monocrática.

‘Diante do exposto, julgo procedente a ação para, com base no art. 37, § 4º da Constituição Federal c/c o Art. 10, XI da Lei n. 8.429/92:

[...]

e) decretar a perda de cargo, função, emprego ou mandato público que estejam exercendo os requeridos NEUDO RIBEIRO CAMPOS e ROBERTO LEONEL VIEIRA à época do trânsito em julgado desta sentença.’ (fls. 1197) [grifo nosso]

O acórdão ora embargado, por sua vez, manteve a referida condenação. Veja:

‘VIII - Condenação dos réus ao pagamento de multa civil, equivalente a R\$ 260.000,00, atualizado; na proibição de contratarem com o Poder Público, ou receberem benefícios/incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de três anos; na suspensão dos direitos políticos, por cinco anos; e na perda da função pública.’ (fl. 1541).

Pelo que se observa, ainda que tenha havido voto divergente quanto à aplicação da sanção de perda da função pública, fato é que o acórdão manteve esta condenação imposta pela sentença apelada. Nesse contexto, incabíveis os embargos infringentes quanto ao ponto.

Nesse sentido:

‘PROCESSUAL CIVIL - ALEGADA OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO - OCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA QUANTO À TAXA SELIC - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 207/STJ - TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - APLICAÇÃO DA TAXA SELIC - POSSIBILIDADE.

1. Os embargos declaratórios são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissis, contraditório ou obscuro, bem como para sanar possível erro material existente no acórdão.

2. O acórdão estadual modificou a sentença, tão somente, em relação aos honorários advocatícios. Quanto à taxa SELIC, ainda que por maioria, manteve sua inaplicabilidade, tal como na sentença, o que afasta o cabimento dos embargos infringentes e a aplicação da Súmula 207/STJ.

3. Após o advento da Lei n. 9.250/95, incide a taxa SELIC desde o recolhimento indevido; ou, se for o caso, a partir de 1º.1.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a SELIC inclui o índice de inflação do período considerado e a taxa de juros.

Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial.’

(STJ, EDcl no AgRg no REsp 852162/PR, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 23/10/2008) [grifo nosso]

### III - DA RAZOABILIDADE DA SANCÃO DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

O embargante insurge-se ainda contra a sanção imposta de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco anos. Requer que prevaleça o voto minoritário da i. Juíza Federal Luciana Pinheiro Costa Mayer Soares, por meio do qual restou afastada a referida sanção.

Alega o embargante que a manutenção da suspensão dos seus direitos políticos por cinco anos não encontra guarida no princípio da razoabilidade.

A tese do recorrente não merece prosperar.

Com efeito, observa-se dos autos que a conduta dos réus foi de extrema reprovabilidade, uma vez que retiraram a importância de R\$ 2.600.000,00 de conta específica, mantida para o Convênio n. 123/99, transferindo-a da seguinte forma: a) R\$ 2.000.000,00 para conta única de movimento do DER/RR, no Banco do Brasil; e b) R\$ 600.000,00 para conta corrente mantida junto ao Banco da Amazônia, ambas mediante ordens bancárias subscritas pelos réus, Neudo Ribeiro Campos e Roberto Leonel Vieira, sem qualquer informação sobre o destino dos recursos, dificultando a fiscalização e a comprovação de que teriam sido aplicados, efetivamente, no objeto do Convênio.

Como bem ressaltou o voto condutor do acórdão, da lavra da Desembargadora Federal Assusete Magalhães, a irregularidade residiu ‘na vontade de colocar os recursos do Convênio a salvo da fiscalização, impossibilitando a apuração de sua regular aplicação, na efetiva execução da obra que constitui seu objeto’ (fl. 1535).

Veja o que se extrai do citado voto:

‘A conduta atribuída aos réus, no entanto, correspondente à descrita no art. 10, XI, da Lei 8.429/92 - liberação de verba pública sem observância das normas pertinentes - não corresponde à conduta efetivamente praticada, uma vez que liberação (de verba), na acepção da legislação financeira, significa disponibilizar a verba pública para alguém, originariamente, e não em momento posterior. In casu, a liberação dos recursos ocorreu no momento em que a SUFRAMA depositou o valor de R\$ 2.600.000,00, na conta específica do Convênio em apreço, e não quando os réus, em afronta à cláusula 8ª do Convênio 123/99, repassaram o numerário, da conta específica do aludido Convênio, para outras contas bancárias, em momento posterior.

Cabe aqui alusão aos aforismos da mibi factum, dabo tibi jus e Jura novit curia.

Com efeito, cabe ao juiz ou Tribunal conferir, ao fato, o adequado enquadramento legal. Em outras palavras, deve o magistrado aplicar o direito

ao fato, ainda que aquele não tenha sido invocado. Nesse sentido, aliás, a jurisprudência do egrégio Superior (sic) de Justiça e do TRF/1ª Região: [...]

Como bem demonstrou o eminente Relator, a tipificação do ato de improbidade administrativa em apreço amolda-se ao comportamento definido pelo art. 11, I, da Lei 8.429/93, que reza:

‘Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

- praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

Com efeito, a Cláusula 8ª do referido Convênio 123/99 prevê que ‘os recursos que forem liberados pela CONCEDENTE serão movimentados pela CONVENENTE através de conta bancária especial, mantida em Banco que integre a rede oficial da União (...) ficando sob a responsabilidade da CONVENENTE a guarda, em arquivo próprio, dos documentos contábeis correspondentes, de modo a facilitar o acompanhamento e a fiscalização por parte da CONCEDENTE ou dos órgãos de controle do Governo Federal’ (fls. 51/52).

Consoante já afirmou o acórdão da 4ª Turma do TRF/1ª Região, a que alude o voto do eminente Relator, ‘a ilicitude encontra-se configurada pela ausência dos extratos bancários da conta específica, o que impossibilitou à Administração meios para o controle e fiscalização da destinação dada aos recursos públicos. Em se tratando de dinheiro público, é imperioso que o administrador permita a aferição do destino dado ao recurso, pois ao contrário, está latente o desvio de finalidade’ (TRF/1ª Região, AC 2004.43.00.001414-7/TO, Relatora Juíza Federal Convocada Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 4ª Turma, unânime, e-DJF1 de 04/11/2008, p. 590)

Não bastasse a clareza da cláusula contratual em apreço, preconiza a doutrina, na mesma direção, que ‘o agente público, responsável pela gestão fiscal, tem a obrigação legal de conhecer toda a legislação que rege a matéria em seu campo de atribuições. E, no exercício dessa função, é inescusável o desconhecimento das normas que regem a aplicação dos recursos públicos’ (obra citada, p. 71).

‘A irregularidade, como já se firmou neste julgamento, não residiu em mera formalidade, mas na vontade de colocar os recursos do Convênio a salvo da fiscalização, impossibilitando a apuração de sua regular aplicação, na efetiva execução da obra que constitui seu objeto. Não tenho dúvida em afirmar que os réus agiram dessa forma com o propósito de encobrir futuro desvio de finalidade, imbuídos de má-fé, mesmo porque o Convênio 123/99 foi assinado por Neudo Ribeiro Campos, como se vê a fl. 55, tendo ele ciência do disposto em sua cláusula 8ª (fls. 51/52).’ (fls. 1.533/1.535) [grifo nosso]



Ora, a Lei de Improbidade censura a conduta do agente público que atenta contra os princípios explícitos e implícitos norteadores da Administração Pública, causando prejuízos à sociedade, tanto de ordem patrimonial, quanto de ordem moral. Ainda que o agente público não se enriqueça ilicitamente, nem cause prejuízo aos cofres públicos, a violação aos princípios administrativos atingem, reflexamente, o interesse público, merecendo, por isso, reprimenda do Estado.

Com relação à violação aos princípios administrativos, vale transcrever trecho elucidativo retirado do voto do Ministro José Delgado no REsp 695718/SP, in verbis:

‘A violação de princípio é o mais grave atentado cometido contra a Administração Pública porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo. A inobservância dos princípios acarreta responsabilidade, pois o art. 11 da Lei 8.429/92 censura ‘condutas que não implicam necessariamente locupletamento de caráter financeiro ou material’ (Wallace Paiva Martins Júnior, ‘Probidade Administrativa’, Ed. Saraiva, 2ª ed., 2002).

O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos, sendo eficiente para com a própria administração. O cumprimento dos princípios administrativos, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada cidadão. Não satisfaz mais às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a gestão da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária.

A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa ao patamar constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, substancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos dos agentes públicos violadores desse preceito maior.’ (grifo nosso)

Como se observa, a prática de ato que viola os princípios que regem a Administração Pública não pode ser tida como uma espécie menos prejudicial à probidade administrativa, como quer fazer crer o embargante.

Sabe-se que os princípios são os pilares que sustentam todo o arcabouço jurídico e normativo do Estado, bem como que norteiam o atuar do administrador público. No ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho:

‘Princípios administrativos são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas. Bem observa CRETELLA JÚNIOR

que não se pode encontrar qualquer instituto do Direito Administrativo que não seja informado pelos respectivos princípios.’ (in Manual de Direito Administrativo. 23, cd. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 20.) [grifo nosso]

Sendo assim, não se mostra desarrazoado que aquele agente público que atua contrariamente aos princípios administrativos tenha os seus direitos políticos suspensos, pois não há dúvida de que é interesse da sociedade em geral que ele seja afastado das funções públicas e seja impedido, ainda que temporariamente, de assumir cargos públicos eletivos. (fls. 1689/1695).

Dessa forma, adequadamente ajustadas no acórdão embargado as sanções estabelecidas na sentença monocrática, em observância ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, conforme se verifica do voto médio, e corretamente discorrido pelo Ministério Público Federal na contraminuta aos embargos, insubsistente se mostra a pretensão de afastamento de suspensão dos direitos políticos pleiteada pelo embargante.

Diante disso, não conheço dos presentes embargos infringentes quanto ao pedido de afastamento da perda da função pública, e, no tocante ao pleito de afastamento da suspensão dos direitos políticos, nego provimento ao recurso.

É o voto.

## Voto Revisor

*A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho:* — Feita a revisão no presente feito, nada tenho a acrescentar ao relatório de fls. 1.708-1.711.

O juízo rescindendo, por meio do voto-vista vencedor da Dr. Assusete Magalhães, reformou, em parte, a r. sentença de primeiro grau para fixar as penalidades pelos atos de improbidade administrativa praticados pelos réus Roberto Leonel Vieira e Neudo Ribeiro Campos nos seguintes termos:

[...] Em relação às sanções, devem elas ser aplicadas em consonância com o art. 12, III, da 8.429/92, eis que a condenação dos réus ocorre em face do disposto no art. 11, I, da referida Lei 8.429/92.

O ressarcimento integral do dano – como assevera o eminente Relator –, deve ser afastado, já que não se pode afirmar que o objeto do Convênio não foi cumprido. Da mesma forma, o valor da multa civil, igualmente, foi, adequadamente, reduzido, pelo Relator, a R\$ 260.000,00. Quanto à perda da função pública, a sentença merece ser mantida.

Acresço, porém, que, de acordo com o disposto no art. 12, III, da Lei 8.429/92, a proibição de contratar com o Poder Público há de ser fixada pelo prazo de três anos. Pela mesma razão, a suspensão

dos direitos políticos há de ser estabelecida no máximo de cinco anos, já que os prazos das sanções, fixadas na sentença, de 5 (cinco) e de 8 (oito) anos, respectivamente, estão previstos no art. 12, II, da Lei 8.429/92, e decorrem da prática de ato de improbidade previsto no art. 10 do referido diploma legal (dano ao Erário). Para tais fins – além daqueles mencionados pelo Relator -, as apelações merecem parcial provimento [...] (fl. 1.537).

Já o voto vencido, proferido pela Juíza Federal convocada, Dr. Luciana Pinheiro Costa Mayer Soares, fixou as penalidades da seguinte forma:

[...]

Portanto, considero desnecessária a cumulação de todas as penas nos termos do art. 12, inciso III, da Lei 8.429/1992, e mais adequada a aplicação de multa civil, que fixo para cada um dos réus em 50 vezes a remuneração então percebida por eles e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios/incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos [...] (fl. 1487).

Ora, conforme consta dos autos, o embargante pretende a reforma do julgado proferido pela Terceira Turma desta Corte, para que seja afastada a sanção de suspensão dos direitos políticos e a sanção de perda da função pública, de forma que prevaleça o voto proferido pela Juíza Federal convocada, Dra. Luciana Pinheiro Costa Mayer Soares, que afastou as duas penas mencionadas.

Ocorre que, no que tange à pena de perda da função pública, não obstante ter havido divergência quanto à questão no julgamento pela Turma, prevaleceu o voto que manteve esta penalidade, em conformidade com a r. sentença *a quo*, situação que não autoriza o conhecimento dos embargos infringentes.

O art. 530 do Código de Processo Civil estabelece que:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

No caso em tela, o acórdão embargado, embora tenha sido por maioria, manteve a pena relativa à perda da função pública, razão pela qual não cabe embargos infringentes quanto a esta parte.

Por outro lado, no que se refere à sanção de suspensão dos direitos políticos ocorreu efetiva reforma da r. sentença monocrática no acórdão da

3ª Turma deste Tribunal, sendo reduzida a pena de 8 (oito) anos para 5 (cinco) anos de suspensão, como se observa do voto médio proferido pela Desembargadora Federal Assusete Magalhães, hoje ministra do Superior Tribunal de Justiça, relatora para o acórdão.

Vale ressaltar que a reforma do acórdão, dando parcial provimento à apelação do ora embargante, apenas reduziu o tempo de suspensão dos direitos políticos, não afastando totalmente esta penalidade, como pretende o embargante, no presente recurso, ao almejar o prevailecimento do voto vencido que dava total provimento à apelação.

Dessa forma, entendo estar presente o interesse recursal do embargante para a interposição do presente recurso, de acordo com o entendimento adotado pela i. Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Dra. Nancy Andrighi, no voto proferido no REsp 1.102.480-RJ (2008/0260204-4), ao asseverar que:

[...]

O art. 530 do CPC, todavia, mesmo após a alteração legislativa, não prevê a necessidade de o voto vencido adotar a mesma conclusão da sentença, de modo que descabe interpretação extensiva, pois onde a lei não proíbe ou limita a utilização de determinada via recursal, não pode o Julgador o fazer. Vale dizer: o legislador, quando da edição da Lei 10.350/01, teve oportunidade de restringir ainda mais o cabimento do recurso em análise, mas assim não o fez.

Acrescente-se que os embargos infringentes têm como objetivo fazer com que prevaleça o entendimento adotado pelo voto vencido e não necessariamente restabelecer o decidido na sentença. Neste julgamento, embora não se possa restabelecer a sentença, mostra-se claro o interesse recursal do recorrente para prevalecer o voto vencido, que julgara improcedente o pedido de compensação por danos morais.

Destarte, é prescindível a correspondência entre a sentença e o voto vencido, para o cabimento dos embargos infringentes [...] (RESP 1102480/RJ, Rel. Min. Nancy, 3ª Turma, DJe 22/06/2010).

Com efeito, conheço dos embargos infringentes.

No mérito, verifica-se que a conduta dos réus foi de grande reprovabilidade, haja vista que estes transferiram a importância de R\$ 2.600.000,00 (dois milhões e seiscentos mil reais) de conta específica, mantida para o Convênio 123/1999, para contas de terceiros, sem que fosse possível a fiscalização e a comprovação de que os recursos foram aplicados efetivamente no objeto do convênio.

Assim, como bem esclareceu o voto condutor do acórdão recorrido, a irregularidade residiu

[...] *na vontade de colocar os recursos do Convênio a salvo da fiscalização, impossibilitando a apuração de sua regular aplicação, na efetiva execução da obra que constitui o seu objeto* [...] (fl. 1.535).

Dessa forma, mesmo que a conduta do agente não cause prejuízo aos cofres públicos, como no presente caso, é evidente que atenta contra os princípios explícitos e implícitos que norteiam a Administração Pública, razão pela qual merece a efetiva repressão do Estado.

Com efeito, revela-se razoável a penalidade de suspender os direitos políticos dos réus, pois estes atuaram contrariamente aos princípios administrativos.

Diante do exposto, não conheço dos embargos infringentes quanto ao pedido de afastamento da perda da função pública, e, no que tange ao pleito de afastamento da suspensão dos direitos políticos, conheço dos embargos e, no mérito, nego-lhe provimento.

É o voto.

## Segunda Seção

### Ação Penal 0022936-97.2013.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Ney Bello  
 Autora: Justiça Pública  
 Procurador: Dr. André de Vasconcelos Dias  
 Réu: José Edvaldo Antunes de Souza  
 Advogado: Dr. Renato Massiere Cândido  
 Publicação: e-DJF1 de 15/04/2016, p. 4.228

## Ementa

*Penal e Processual Penal. Crime do art. 96, I, da Lei 8.666/1993. Lei de Licitações. Fraude no procedimento licitatório. Aquisição de unidade móvel de saúde. Suposto superfaturamento do veículo. Insuficiência de provas. Existência de dúvida razoável a favor do réu. Absolvição com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.*

I. No crime previsto no art. 96, I, da Lei 8.666/1993 pune-se fraude em processo licitatório em prejuízo da Fazenda Pública. O objeto jurídico é a proteção dos interesses da Administração Pública, nos seus aspectos patrimonial e moral.

II. Se as provas arregimentadas aos autos não dissipam as dúvidas acerca da contribuição do réu para o evento criminoso, não havendo elementos nos autos no sentido de que tenha sequer previamente consentido com a prática ilícita, não há como lhe imputar a responsabilidade penal.

III. Evidencia-se necessária a absolvição do acusado diante da fragilidade dos indícios existentes, com base no princípio *in dubio pro reo*, que tem fundamentação no princípio constitucional da presunção de inocência, segundo o qual se impõe a absolvição quando a acusação não lograr provar a participação do réu no evento criminoso.

IV. Ação penal improcedente.

## Acórdão

Decide a Seção, à unanimidade, julgar improcedente a ação penal.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 06/04/2016.

Desembargador Federal *Ney Bello*, relator.

## Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello: — O Ministério Público Federal, por intermédio da Procuradoria Regional da República, denunciou José Edvaldo Antunes de Souza, atual prefeito do Município de Monte Azul/MG, como incurso no art. 96, I, da Lei 8.666/1993.

De acordo com os termos da inicial acusatória, o réu, na condição de prefeito do Município de Monte Azul/MG, celebrou o Convênio 1.640/2001 com o Ministério da Saúde e, em conluio com os membros da comissão permanente de licitação, fraudou a Carta Convite 12/2001, ao promover o superfaturamento do objeto da licitação, em prejuízo da Fazenda Pública.

A denúncia foi recebida pelo Juízo Federal da Vara única da Subseção Judiciária de Montes Claros/MG em 16/04/2010 (fls. 148-149).

O réu apresentou defesa prévia às fls. 414-416.

Com a informação de diplomação do réu no cargo de prefeito do Município de Monte Azul/MG, o juízo *a quo*, em 20/02/2013, declinou da competência para este Tribunal Regional Federal. Foram ouvidas as testemunhas arroladas pela defesa: Luciano de Cássio Custódio Jorge (fl. 657), Adilson Jorge (fl. 657), Ênio Figueiredo de Almeida (fl. 657), Elviro Silva Santos (fl. 657), Susete Leal Otoni (fl. 675), Luiz Amaro Dominici (fl. 675) e Aristóteles Gomes Leal Neto (fl. 680).

A acusação não arrolou testemunhas.

Em interrogatório, o réu negou os fatos que lhe são imputados. Disse que apenas homologou o procedimento licitatório após tramitação regular. Negou ter havido direcionamento em benefício de qualquer empresa participante do certame (fl. 729).

A acusação e a defesa foram intimadas a dizer sobre o interesse na realização de diligências, nos termos do art. 10 da Lei 8.038/1990 (despacho de fl. 731). Nada foi requerido pelas partes (certidão de fl. 740).

Em alegações finais, o Ministério Público Federal requer seja julgada procedente a ação penal. Diz que a materialidade e autoria delitivas estão comprovadas nos autos, pois “ao fraudar a licitação Carta Convite 12/2001 superfaturando o preço do bem adquirido, José Edvaldo Antunes de Souza praticou a conduta prevista no art. 96, I, da Lei 8.666/1993 (fls. 744-745).

A defesa também apresentou razões finais. Requer a absolvição da imputação que lhe pesa, em especial porque na Ação Penal 0023103-17.4.01.0000, que trata dos mesmos fatos discutidos nestes autos,

foi ele absolvido porque não comprovada qualquer ingerência sua junto à comissão de licitação e seus trabalhos. Argumenta que não está comprovada qualquer conduta sua no sentido de fraudar a Carta Convite 12/2001 e, muito menos, de superfaturar o preço do veículo adquirido, daí a inaplicabilidade do art. 90 da Lei 8.666/1993. Argumenta que os próprios membros da comissão de licitação afirmaram em seus depoimentos que ele não possuía qualquer ingerência sobre os trabalhos da referida comissão, limitando, sua atividade, a homologar o procedimento licitatório. Alega que a licitação para compra da unidade móvel de saúde teve início antes da celebração do convênio com o Ministério da Saúde, o que demonstra a desvinculação deste com o certame. Ainda, alega que, iniciado o processo licitatório, foi disponibilizado pelo órgão federal os recursos compatíveis com o pagamento do veículo, tendo optado, à época, por utilizar os recursos do convênio para a aquisição da ambulância, já que específicos para esse fim. No mais, argumenta que não se produziu qualquer prova que, ao menos, indicasse a percepção de vantagem indevida em decorrência do processo licitatório em questão. Requer a absolvição da imputação pela prática do delito definido no art. 96, I, da Lei 8.666/1993 c/c art. 29 do Código Penal (fls. 752-758).

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello: — Recai sobre o réu, José Edvaldo Antunes de Souza, a imputação pela prática do delito tipificado no art. 96, I, da Lei 8.666/1993 c/c art. 29 do Código Penal.

Dispõe o art. 96, I, da Lei 8.666/1993:

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

- I - elevando arbitrariamente os preços;
- II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;
- III - entregando uma mercadoria por outra;
- IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Olindo Menezes, Mário César Ribeiro, Hilton Queiroz, I'talo Mendes e Mônica Sifuentes.

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Por sua pertinência, dos comentários de Guilherme de Souza Nucci quanto ao referido artigo destaco os seguintes excertos:

fraudar (enganar, ludibriar, lesar por meio de engodo) é a conduta, cujo objeto é a licitação ou o contrato dela decorrente. Exige-se prejuízo para a Fazenda Pública e cuida-se de tipo vinculado, pois são descritas, nos incisos, as maneiras pelas quais a licitação ou o contrato pode ser frustrado

[...]

O objeto material “pode ser o preço, a mercadoria oferecida ou outro elemento constante do contrato. O objeto jurídico é a proteção dos interesses da Administração Pública, nos seus aspectos patrimonial e moral).

(Leis penais e processuais penais comentadas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 853/854).

Segundo o Ministério Público Federal, o acusado, na condição de Prefeito do Município de Monte Azul/MG, celebrou o Convênio 1.640/2001, com o Ministério da Saúde e, em conluio com os membros da Comissão Permanente de Licitação, fraudou a Carta Convite 12/2001, ao promover o superfaturamento do objeto da licitação, em prejuízo da Fazenda Pública.

Em resumo, imputa-se ao réu a conduta de, na condição de prefeito, ter direcionado o procedimento licitatório em benefício da empresa Lealmaq – Leal Máquinas Ltda., ligada, segundo o Ministério Público Federal, à organização criminosa desarticulada pela operação denominada *Sanguessuga*, especializada no fornecimento fraudulento de unidades móveis de saúde, ambulâncias, equipamentos médico-hospitalares etc., a prefeituras municipais e a organização da sociedade civil de interesse público de todo o Brasil (fls. 48-56 do apenso, Anexo II). Para a execução do convênio foi destinado o montante de R\$ 67.200,00 (sessenta e sete mil e duzentos reais).

Conforme os autos, a fim de dar cumprimento ao convênio, foi realizado o processo licitatório, no caso, a Carta Convite 12/2001, com a participação das empresas U.M.S e Lealmaq, tendo esta se sagrado vencedora do certame, conforme faz prova a ata de julgamento da licitação carreada a estes autos (fl. 190, do Apenso I).

Ainda, segundo se infere dos autos, a empresa Lealmaq, vencedora da licitação, é pessoa jurídica

ligada à organização criminosa denominada *máfia dos sanguessugas*, daí o indício de que o processo licitatório conduzido pelo Município de Monte Azul/MG, na época representado pelo réu, foi procedido no intuito de beneficiar o grupo criminoso. Para a acusação, o valor de R\$ 67.200,00 (sessenta e sete mil e duzentos reais) pago pela Prefeitura de Monte Azul à empresa Lealmaq, foi superior ao de mercado, o que representou um pagamento a maior de 92,37% em relação ao preço praticado à época.

Verifico, contudo, que o acervo probatório contido nos autos não respalda a tese da acusação.

Isso porque nenhum elemento de prova, sobretudo a prova testemunhal, corrobora a tese da acusação, no sentido de que o réu tenha atuado, com vontade livre e consciente, como coautor ou participe do crime previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993. O fato de o procedimento licitatório ter sido deflagrado antes da celebração do Convênio 1.640/2001 não caracteriza irregularidade nem constitui indício de fraude, porquanto, tal como afirmou o réu, o município já contava, à época, com recursos próprios — previsão orçamentária — para a aquisição da unidade móvel de saúde. Tal situação, pois, viabilizou fosse dado início ao processo licitatório quando ainda não havia sido firmado o convênio com o Ministério da Saúde, o que se deu posteriormente, com a conseqüente liberação dos recursos necessários à execução do objeto. Nenhuma irregularidade se verifica no procedimento em questão.

Ainda, as testemunhas ouvidas em juízo nada disseram sobre vício no certame e não atribuíram ao réu qualquer prática de irregularidade no procedimento licitatório e quiçá participação na simulação dos atos. Todas foram uníssonas em afirmar desconhecer qualquer fato que desabone sua conduta.

Ou seja, a prova testemunhal, que muito poderia esclarecer os fatos, não dissipou as dúvidas que recaem sobre a participação do acusado em fraude.

Apenas indícios firmados no fato de a empresa vencedora do certame ser pessoa jurídica ligada à organização criminosa não podem caracterizar a existência de irregularidade no procedimento licitatório.

Demais, sequer há nos autos prova efetiva de superfaturamento do objeto licitado. Embora a acusação insista na tese de que o veículo foi adquirido com preço superior àquele praticado no mercado à época dos fatos, não instruiu o feito com qualquer orçamento de empresa que fornecesse o mesmo bem em condições mais vantajosas para a Administração



municipal. Assim, permanecem frágeis os elementos de provas carreados aos autos, sobretudo para respaldar uma condenação penal.

Efetivamente, não há nos autos provas de que o réu tenha participado de fraudes ou se beneficiado de crime.

Ainda que ficasse comprovada qualquer discrepância entre o preço de aquisição e aquele praticado no mercado à época, tal *irregularidade* não poderia, por si só, ser imputada ao acusado. Além disso, compreendo que o fato de o réu ocupar o cargo de prefeito municipal não pode significar que conhecia as irregularidades supostamente sendo praticadas no processo licitatório, daí a inexistência de dolo.

Ser o chefe do executivo no município não dá a ele a capacidade de se informar inteiramente de todos os acontecimentos e atos sob sua gestão, ainda mais os técnicos e legais. Deverá assiná-los por dever de ofício, mas sua participação dolosa não pode ser simplesmente suposta, sobretudo quando se verifica a inexistência de provas no sentido de que auferiu vantagem e, ainda, quando provado que as verbas foram aplicadas ao objetivo pretendido pela Administração Pública, qual seja o fornecimento da unidade móvel de saúde à municipalidade.

A participação e a sua exata extensão devem ser devidamente provadas pela acusação, hipótese não ocorrente no caso.

Com efeito, as provas constantes dos autos não autorizam a conclusão, com a segurança necessária para uma condenação, de que o réu tenha praticado fraude no procedimento licitatório e que conhecia as irregularidades, ali perpetradas, ou que tenha aderido a elas conscientemente.

Verifico que somente existem suspeitas em relação ao réu, as quais não foram inequivocamente comprovadas nos autos, o que não autoriza a formação de um decreto condenatório. Evidencia-se necessária, portanto, a absolvição do acusado, diante da fragilidade dos indícios existentes, com base no princípio *in dubio pro reo*, que tem fundamentação no princípio constitucional da presunção de inocência, segundo o qual se impõe a absolvição quando a acusação não lograr provar a prática do crime. Sobre a matéria, a lição de Paulo Rangel<sup>1</sup>:

O princípio do favor rei é a expressão máxima dentro de um Estado Constitucionalmente Democrático, pois o operador do direito, deparando-se com uma norma que traga interpretações antagônicas, deve optar pela que atenda ao jus libertatis do acusado.

Trata-se de regra do processo penal que impõe ao juiz seguir tese mais favorável ao acusado sempre que a acusação não tenha carreado prova suficiente para obter condenação. Nesse aspecto, o princípio do favor rei se enlaça com a presunção de inocência que, como vimos, inverte o ônus da prova. O órgão que acusa é quem tem de apresentar a prova da culpa e demonstrar a culpabilidade do cidadão presumido inocente. Caso a acusação não logre criar no tribunal a certeza da culpabilidade, então, o que se impõe é uma decisão favorável ao acusado (Alexandra Vilela, ob. cit., p. 74).

O favor rei é o que autoriza o juiz (ou tribunal) a absolver o réu quando, verificando ter ocorrido a prescrição, o feito já estiver suficientemente maduro para proferir uma decisão de mérito, absolvendo-o (cf. item 13.9.1, infra). Ou ainda, havendo a ocorrência de vício processual que autorize a declaração de invalidade do processo ao mesmo tempo que há provas que autorizem a absolvição. Esta deve ser declarada em nome do favor rei.

O elemento impulsionador da interpretação que se deve adotar para alcançar a norma mais favorável ao acusado, diante de dois caminhos que se possa adotar, é exatamente o do favor rei.

Não são poucas as passagens do Código de Processo Penal em que observamos este princípio, porém mal se compreende sua aplicação.

Diz o art. 386, VI, do CPP:

O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

VI - não existir prova suficiente para a condenação.

Portanto, estando o juiz diante de prova para condenar, mas não sendo esta suficiente, fazendo restar a dúvida, surgem dois caminhos: condenar o acusado, correndo o risco de se cometer uma injustiça, ou absolvê-lo, correndo o risco de se colocar nas ruas, em pleno convívio com a sociedade, um culpado.

A melhor solução será, indiscutivelmente, absolver o acusado, mesmo que correndo o risco de se colocar um culpado nas ruas, pois antes um culpado nas ruas do que um inocente na cadeia.

Outra regra em que impera o princípio do favor rei é a do art. 615 do CPP, que diz:

Art. 675. O tribunal decidirá por maioria de votos.

§ 1º Havendo empate de votos no julgamento de recursos, se o presidente do tribunal, câmara ou turma, não tiver tomado parte na votação, proferirá o voto de desempate; no caso contrário, prevalecerá

<sup>1</sup> *Direito Processual Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. pp. 34-36.



a decisão mais favorável ao réu. (no original, sem grifo)

Ou seja, havendo dois caminhos a serem seguidos, um prejudicial ao réu e o outro favorável em decorrência de empate na votação, segue-se o caminho que melhor protege a liberdade.

Há dispositivos no Código de Processo Penal que expressamente estabelecem o princípio em comento; são eles: art. 607; parágrafo único do art. 609 e art. 621. Em todas estas hipóteses, somente

o réu pode interpor os referidos recursos e ação, respectivamente.

Ante o exposto, *julgo improcedente* a ação penal para absolver o réu da imputação da prática do crime previsto no art. 96, I, da Lei 8.666/1993 c/c art. 29 do Código Penal, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

É o voto.

## Terceira Seção

### Embargos Infringentes 0032878-75.2012.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques  
 Embargante: Nacional Expresso Ltda.  
 Advogados: Dr. Flávio Botelho Maldonado e outros  
 Embargado: Ministério Público Federal  
 Procurador: Dr. Renato Brill de Goes  
 Publicação: e-DJF1 de 10/03/2016, p. 125

## Ementa

*Constitucional e Administrativo. Ação civil pública. Transportadora. Excesso de peso da carga. Obrigação de não fazer. Danos materiais e morais coletivos. Impossibilidade. Embargos infringentes providos.*

I. Na hipótese dos autos, o Ministério Público Federal requer, com base no art. 1º, IV, da Lei 7.347/1985, a condenação da parte-ré à obrigação de não fazer, isto é, não permitir a saída de veículos de carga com excesso de peso em desacordo com a legislação de trânsito brasileira, e a condenação da infratora ao pagamento de danos materiais e danos morais coletivos.

II. O Código de Trânsito Brasileiro prevê que o veículo que transitar com excesso de peso, admitido percentual de tolerância quando aferido por equipamento, na forma a ser estabelecida pelo Contran, é infração de grau médio e punida com multa fixada entre 5 e 50 Ufir, dependendo do excesso de peso aferido.

III. Portanto, quanto ao pedido de condenação de obrigação de não fazer, observa-se que já existe uma determinação legal de não fazer, não podendo o Judiciário adentrar em matéria de competência do Legislativo. É vedado ao juiz atuar em substituição ao legislador.

IV. "Substanciando infração de trânsito apenada com multa em valor estabelecido com fundamento na legislação que o disciplina, o tráfego de veículo, em rodovias federais, com excesso de peso, inadmissível, mediante liminar em ação civil pública, proposta com propósito de coibir conduta que já é proibida por lei e apenada com a sanção específica, a cominação de astreinte para a hipótese de descumprimento da obrigação, por representar, na prática, e apenas contra o réu na demanda, apenação adicional em caso de transgressão da conduta legalmente proibida." (AI 0056520-92.2012.4.01.0000/DF, rel. Desembargador Carlos Moreira Alves, Sexta Turma, e-DJF1 de 23/08/2013, p. 561; AI 0057686-62.2012.4.01.0000/MG, rel. Juiz Federal convocado Marcelo Dolzany da Costa, Sexta Turma, e-DJF1 de 22/03/2013, p. 195).

V. Quanto à fixação de multa compensatória (danos materiais) pelo dano causado ao pavimento das rodovias federais, deve-se demonstrar a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade. Para que seja indenizável, o dano material há que ser certo, não havendo que se falar em reparação de dano eventual ou presumido. Na hipótese, uma mera possibilidade de ocorrência do dano não é suficiente para que haja a condenação em danos materiais. Para ser indenizável, o dano deve ser certo, atual e subsistente, como já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça (Precedente: REsp 965758/RS, Terceira Turma, rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ 19/08/2008).

VI. “Quanto à configuração do dano moral coletivo se no âmbito do direito individualizado, em que se examina com profundidade o caso concreto trazido por específica pessoa, o abalo moral deve estar amplamente evidenciado, não se tolerando a conclusão de que aborrecimentos ou sentimentos de repúdio configuram abalo moral. Assim, o dano moral coletivo pressupõe a demonstração de caso grave, seja no tocante à percepção individualizada de cada vítima, ou mesmo no que pertine à carga de valores que cerca determinado grupo, de ordem social, econômica ou cultural. E, neste particular, tal como aventado pelo magistrado de piso, não verifico que os fatos narrados na inicial tenham potencial de causar danos morais à coletividade.” (TRF4, APELREEX 5003478-14.2013.404.7117, Terceira Turma, rel. p/ acórdão Salise Monteiro Sanchotene, juntado aos autos em 26/05/2015.)

VII. Embargos infringentes providos para prevalecer o voto vencido, que negou provimento ao recurso de apelação do Ministério Público Federal.

## Acórdão

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

3ª Seção do TRF 1ª Região – 23/02/2016.

Desembargador Federal *Kassio Marques*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques:* — Trata-se de embargos infringentes interpostos por Nacional Expresso Ltda. contra o acórdão de fls. 376-394 que, por maioria, deu provimento à apelação do Ministério Público Federal para

[...] determinar que a recorrida se abstenha de trafegar em rodovias federais com carga excessiva, sob pena de pagamento de multa no valor correspondente ao total da carga transportada, bem assim para condenar a promovida no pagamento de indenização, a título de danos materiais (cujo montante deverá ser apurado na fase de liquidação do julgado) e danos morais coletivos, no montante de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser revertido ao fundo previsto no art. 13 da Lei nº. 7.347/85, bem assim no pagamento das custas processuais devidas [...],

vencido o Desembargador Federal João Batista Moreira, que negava provimento à apelação do Ministério Público Federal.

A sentença de fls. 335-339 julgou improcedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público Federal no sentido de impedir a parte-autora de trafegar em qualquer rodovia federal com excesso de peso, sob pena de multa de 100% (cem por cento) sobre o valor total da carga transportada e/ou passagem dos usuários a ser diretamente executada, sem prejuízos das sanções penais cabíveis, bem como ao pagamento de danos materiais e morais coletivos.

Contudo, ao julgar o recurso de apelação interposto pela parte-autora, a Quinta Turma deste Tribunal, como antes dito, reformou a sentença e

julgou procedente o pedido, nos termos do voto do Desembargador Federal Souza Prudente.

Alega a embargante, em síntese, que a Administração primeiramente deve efetuar a fiscalização das rodovias e autuar os veículos que estejam efetivamente com excesso de peso, não sendo razoável o ajuizamento de ação pelo Ministério Público Federal para fazer aludido controle. Acrescenta não ser correto que o MPF, por meio do Poder Judiciário, venha a desempenhar funções que não lhe são inerentes.

Intimada, a parte embargada apresentou contrarrazões (fls. 418-424).

À fl. 426, os embargos infringentes foram regularmente admitidos.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques:* — Cuida-se de embargos infringentes interpostos por Nacional Expresso Ltda. contra o acórdão de fls. 376-394 que, por maioria, deu provimento à apelação do Ministério Público Federal, vencido o Desembargador Federal João Batista Moreira, que negava provimento ao recurso do MPF.

Inicialmente, deve ser destacado que o voto vencido acha que a competência para processar e julgar o feito poderia nem ser da Justiça Federal, mas não chegou a fazer tal afirmação perante a Turma.

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Néviton Guedes e Jirair Aram Meguerian e a Exma. Sra. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada).

Assim, o objeto dos embargos infringentes é a discussão sobre a possibilidade de estabelecer judicialmente penalidades consideradas mais justas às empresas que possuem caminhões ou ônibus e que trafegam pelas rodovias federais com excesso de peso, do que aquelas previstas nas normas que regem a questão.

O Ministério Público Federal propôs a presente ação civil pública em face da Viação Novo Horizonte Ltda., com o objetivo de condená-la à obrigação de não trafegar com veículos de carga com excesso de peso, além da condenação em danos materiais e danos morais coletivos (fls. 3-10).

A Lei 7.347/1985 disciplina sobre a ação civil pública e dá outras providências, *verbis*:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: *(Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011)*.

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

III - à ordem urbanística; *(Incluído pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001) (Vide Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)*

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - (VETADO).

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. *(Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990)*

IV - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; *(Renumerado do Inciso III, pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001) (Vide Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)*

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. *(Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990)*

V - por infração da ordem econômica. *(Incluído pela Lei nº 8.884 de 1994)*

V - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. *(Renumerado do Inciso IV, pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001) (Vide Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)*

V - por infração da ordem econômica e da economia popular; *(Redação dada pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001) (Vide Lei nº 12.529, de 2011)*

V - por infração da ordem econômica; *(Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011)*.

VI - por infração da ordem econômica. *(Renumerado do Inciso V, pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001)*

VI - à ordem urbanística. *(Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)*

VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. *(Incluído pela Lei nº 12.966, de 2014)*

VIII - ao patrimônio público e social. *(Incluído pela Lei nº 13.004, de 2014)*

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. *(Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)*

Com base na norma transcrita (art. 1º, IV, da Lei 7.347/1985), o Ministério Público Federal ajuizou a presente ação a postular a condenação da parte requerida em obrigação de não fazer, qual seja, impedir a saída de veículos de carga com excesso de peso em desacordo com a legislação de trânsito brasileira e a condenação da infratora ao pagamento de danos materiais e danos morais coletivos.

Entendo que deve prevalecer o voto vencido.

Inicialmente, cabe verificar o que diz o Código de Trânsito Brasileiro sobre as penalidades aplicáveis aos veículos flagrados com excesso de peso, assim dispõe:

Art. 231. Transitar com o veículo:

I - danificando a via, suas instalações e equipamentos;

II - derramando, lançando ou arrastando sobre a via:

a) carga que esteja transportando;

b) combustível ou lubrificante que esteja utilizando;

c) qualquer objeto que possa acarretar risco de acidente:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa;

Medida administrativa - retenção do veículo para regularização;

III - produzindo fumaça, gases ou partículas em níveis superiores aos fixados pelo Contran;

IV - com suas dimensões ou de sua carga superiores aos limites estabelecidos legalmente ou pela sinalização, sem autorização:

Infração - grave;

Penalidade - multa;

Medida administrativa - retenção do veículo para regularização;

V - com excesso de peso, admitido percentual de tolerância quando aferido por equipamento, na forma a ser estabelecida pelo Contran:

Infração - média;

Penalidade - multa acrescida a cada duzentos quilogramas ou fração de excesso de peso apurado, constante na seguinte tabela:

- a) até seiscentos quilogramas - 5 (cinco) Ufir;
- b) de seiscentos e um a oitocentos quilogramas - 10 (dez) Ufir;
- c) de oitocentos e um a um mil quilogramas - 20 (vinte) Ufir;
- d) de um mil e um a três mil quilogramas - 30 (trinta) Ufir;
- e) de três mil e um a cinco mil quilogramas - 40 (quarenta) Ufir;
- f) acima de cinco mil e um quilogramas - 50 (cinquenta) Ufir;

Medida administrativa - retenção do veículo e transbordo da carga excedente.”

Portanto, quanto ao pedido de condenação de obrigação de não fazer, observa-se que já existe uma determinação legal de não fazer, isto é, o legislador estabeleceu que transitar com veículo com excesso de peso é uma infração administrativa, considerada de nível médio, e punida com multa cujo valor pode ser fixado entre 4 a 50 Ufir, dependendo do excesso de peso aferido.

Quanto à fixação de multa compensatória (danos materiais) pelo dano causado ao pavimento das rodovias federais, deve-se demonstrar a conduta ilícita, o dano e o nexó de causalidade. Para que seja indenizável, o dano material há que ser certo, não havendo que se falar em reparação de dano eventual ou presumido.

Na hipótese, uma mera possibilidade de ocorrência do dano não é suficiente para que haja a condenação em danos materiais. Para ser indenizável, o dano deve ser certo, atual e subsistente, como já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. CONDENAÇÃO A RESSARCIR DANO INCERTO. PROCEDÊNCIA.

- Os arts. 1.059 e 1.060 exigem dano “efetivo” como pressuposto do dever de indenizar. O dano deve, por isso, ser certo, atual e subsistente. Incerto é dano hipotético, eventual, que pode vir a ocorrer, ou não. A atualidade exige que o dano já tenha se verificado. Subsistente é o dano que ainda não foi ressarcido. Se o dano pode revelar-se inexistente, ele também não é certo e, portanto, não há indenização possível.

- A teoria da perda da chance, caso aplicável à hipótese, deveria reconhecer o dever de indenizar um valor positivo, não podendo a liquidação apontá-lo como igual a zero.

- Viola literal disposição de lei o acórdão que não reconhece a certeza do dano, sujeitando-se, portanto, ao juízo rescisório em conformidade com o art. 485, V, CPC. Recurso Especial provido”.

(RESp n. 965758/RS, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 19/08/2008).

Quanto ao pedido de danos morais coletivos, entendo também não ser possível, pois não ficou efetivamente caracterizada sua ocorrência, pois inexistente prova nos autos suficientes a demonstrar que o tráfego com excesso de peso foi condição necessária para os alegados danos. É necessário, no caso, que haja uma relação direta entre causa e efeito (causalidade adequada).

Neste sentido, também é a jurisprudência desta Turma, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEDIDA LIMINAR DETERMINANTE DE QUE A EMPRESA AGRAVANTE SE ABSTENHA DE MANTER EM CIRCULAÇÃO, COM EXCESSO DE PESO, SUA FROTA DE CAMINHÕES EM RODOVIAS FEDERAIS, SOB PENA DE MULTA FIXADA EM R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS) PARA CADA DESCUMPRIMENTO.

1. Substanciando infração de trânsito apenada com multa em valor estabelecido com fundamento na legislação que o disciplina, o tráfego de veículo, em rodovias federais, com excesso de peso, inadmissível, mediante liminar em ação civil pública, proposta com propósito de coibir conduta que já é proibida por lei e apenada com a sanção específica, a cominação de astreinte para a hipótese de descumprimento da obrigação, por representar, na prática, e apenas contra o réu na demanda, pena adicional em caso de transgressão da conduta legalmente proibida.
2. Agravo de instrumento provido.

(AI n. 0056520-92.2012.4.01.0000/DF, Relator Desembargador Carlos Moreira Alves, e-DJF1 de 23/08/2013, p. 561)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE DE CARGA EM RODOVIAS FEDERAIS. EXCESSO DE PESO. MULTA. DESCABIMENTO.

1. Inexistente conflito entre a preservação do grande patrimônio nacional que são as rodovias, com a consequente segurança de seus usuários, e a garantia individual da agravante ao devido processo administrativo legal.

2. A situação que coloca a frota da agravante envolvida em tráfego com excesso de peso é indicativa de que o dever de preservar o resultado útil do processo e, em última razão, a conservação das estradas brasileiras é medida adequada ao exercício do poder-dever do juiz da causa.

3. Descabe a cominação de multa no âmbito judicial, uma vez que o transporte de carga com

excesso de peso caracteriza-se como infração de trânsito, já penalizada pelo Código Brasileiro de Trânsito. Ressalva do entendimento pessoal do relator.

4. Agravo de Instrumento a que se dá parcial provimento.

(AI n. 0057686-62.2012.4.01.0000/MG, Relator Juiz Federal Convocado Marcelo Dolzany da Costa, e-DJF1 de 22/03/2013, p. 195).

A matéria também já foi enfrentada pelo Tribunal Regional da 4ª Região:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTADORA. EXCESSO DE PESO DA CARGA. PEDIDO DE ABSTENÇÃO DEFINITIVA DE TRANSITAR E MULTA. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE DANOS MATERIAIS. IMPOSSIBILIDADE. DANOS MORAIS COLETIVOS. INOCORRÊNCIA. IMPROVIMENTO DOS APELOS.

1. O legislador, no cumprimento de seu papel constitucional (art. 22, XI), estabeleceu que se constitui infração administrativa o trânsito de veículo com excesso de peso. Qualificou a infração como de nível médio (artigo 258 do CTB). Mais que isso, entendeu adequada a aplicação de multa (sanção), cujo valor pode ser de 5 a 50 Ufr, a depender do excesso de peso aferido. Ainda, estabeleceu o legislador que o veículo deve ser retido até o transbordo da carga excedente. Desta forma, no caso concreto, como visto acima, já há uma determinação legal de não fazer, uma vez que a norma jurídica veda a prática em apreço. Isso não autoriza, todavia, o intérprete, notadamente no caso concreto em que não há qualquer ferimento à norma constitucional, a elucubrar sobre qual seria a penalidade adequada para o caso quando a lei expressamente a prevê. Não há respaldo jurídico a admitir simplesmente transformar a punição legalmente indicada em abstenção definitiva de transitar com os veículos com excesso de peso e aplicação de multa de R\$ 10.000,00, como é o caso em apreço. 2. Ainda que não seja possível a majoração de multa fixada em lei, é inegável a possibilidade de, preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, cobrar-se daquele que praticou o ato ilícito o valor da indenização correspondente. Nestes termos, Consigna o artigo 927 do Código Civil que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Já o citado artigo 186 aduz que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Portanto, o dever de indenizar emerge do enfrentamento dos seguintes requisitos: a) ato ilícito; b) culpa ou dolo; c) dano; e d) nexo causal.

3. No caso presente, não restaram configurados o dano e o nexo causal, necessários para a responsabilização por dano material.

4. Quanto à configuração do dano moral coletivo se no âmbito do direito individualizado, em que se examina com profundidade o caso concreto trazido por específica pessoa, o abalo moral deve estar amplamente evidenciado, não se tolerando a conclusão de que aborrecimentos ou sentimentos de repúdio configuram abalo moral. Assim, o dano moral coletivo pressupõe a demonstração de caso grave, seja no tocante à percepção individualizada de cada vítima, ou mesmo no que pertine à carga de valores que cerca determinado grupo, de ordem social, econômica ou cultural. E, neste particular, tal como aventado pelo magistrado de piso, não verifico que os fatos narrados na inicial tenham potencial de causar danos morais à coletividade.

(TRF4, APELREEX 5003478-14.2013.404.7117, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Salise Monteiro Sanhotene, juntado aos autos em 26/05/2015)

Do voto condutor deste último v. acórdão — ora citado —, permito-me transcrever os seguintes trechos:

Ocorre que o Ministério Público Federal questiona é a própria punição legalmente estabelecida, pois, no seu entender, ela não tem o condão de evitar a prática do ato, levando às empresas a praticarem transportes com excesso de peso, já que os benefícios da medida superam monetariamente eventual punição prevista em lei.

No entanto, ainda que talvez como cidadão se possa cogitar o necessário incremento desta e de tantas outras infrações de trânsito, é a lei, ao fim e ao cabo, que tem o papel de refletir o anseio social, fixando tanto os limites da atuação daqueles que integram a sociedade, como eventuais punições para aqueles que a descumprem, atendendo, entre tantos outros papéis, o de ser isonômica e de propiciar segurança jurídica.

Ainda como bem ponderou o julgador a quo:

[...]

*A presunção de legitimidade dos atos administrativos implica não apenas tê-los como presumidamente válidos, mas também admiti-los como necessários, suficientes e eficazes para a repressão dos ilícitos sancionados (vedação de proteção deficiente).*

Não por outra razão, a jurisprudência e a doutrina apenas trabalham com a possibilidade de repercussão indenizatória de atos ilícitos já autuados pela Administração quando estes ganham repercussão fora de um âmbito de ‘normalidade’ administrativa. É o caso, por exemplo, de motoristas em tal velocidade que cometem danos a terceiros’.

[...]

Assim, considerando a previsão legal que impõe uma obrigação de não fazer, fixando a sanção correspondente, não há como inovar o ter da lei criando-se sanção que nela não foi prevista, como é o pedido do autor, de condenação da requerida à abstenção definitiva de transitar com veículos com



excesso de peso, em desacordo com a legislação de trânsito [...].

[...]

Quanto ao dano material, sustenta o MPF que o dano ao patrimônio público representa lesão a direito difuso, de interesse de toda a coletividade, protegido constitucionalmente par ao uso comum do povo, o que gera a obrigação de indenizar o dano pela degradação de rodovias federais, sendo que a empresa ré, ora apelada, foi autuada por transportar mercadorias com peso superior ao permitido, ensejando lesão ao patrimônio público (deterioração de rodovia federal), o que implica o dever de indenizar os danos materiais ocorridos.

No entanto, ainda que seja possível vislumbrar certas violações a direitos, a responsabilização civil da empresa demanda a comprovação do efetivo dano causado. E, mais que isso, a relação de causalidade entre o dano e a conduta adotada pela ré.

Com tais considerações, entendo que deve prevalecer o voto vencido que negou provimento à apelação do Ministério Público Federal.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos infringentes para prevalecer o voto vencido, que negou provimento à apelação do Ministério Público Federal.

É como voto.

## Terceira Seção

### Mandado de Segurança 0066021-65.2015.4.01.0000/DF

Relator:	Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
Relator p/ acórdão:	Desembargador Federal João Batista Moreira
Impetrante:	Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – Abradee
Advogado:	Dr. Decio Freire
Impetrado:	Juízo Federal da 5ª Vara – RO
Interessado:	Energia Sustentável do Brasil S/A
Advogados:	Dr. Edgard Hermelino Leite Junior e outros
Interessada:	Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel
Procuradora:	Dra. Adriana Maia Venturini
Publicação:	e-DJF1 de 15/04/2016, p. 4.242

## Ementa

*Agravo regimental em mandado de segurança impetrado contra decisão judicial. Sistema elétrico. Pretensão da UHE Jirau de suspender pena(s) aplicada(s) pela agência reguladora. Distribuidoras contratantes do ambiente de contratação regulada. Ausência de interesse. Extinção do mandamus.*

I. Agravo regimental interposto por Energia Sustentável do Brasil S.A. de decisão monocrática em que deferida liminar em mandado de segurança (originário) impetrado pela Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – Abradee contra decisão proferida no âmbito do Juízo da 5ª Vara Federal/RO.

II. Associação não tem interesse para buscar, por suas substituídas, pela via do mandado de segurança, suspensão de tutela judicial obtida por concessionária de energia elétrica em face da agência reguladora, sob alegação de repercussão econômica em contratos celebrados no ambiente regulado, facultado o ajuizamento de ação autônoma, na justiça competente.

III. Agravo regimental provido.

IV. Mandado de segurança extinto, sem resolução de mérito (Lei 12.016/2009, art. 6º, § 5º).

V. Custas *ex lege*.

VI. Sem condenação em honorários advocatícios (Lei 12.016/2009, art. 25).



## Acórdão

Decide a Terceira Seção, por maioria, dar provimento ao agravo regimental para extinguir o mandado de segurança, sem resolução de mérito.

3ª Seção do TRF 1ª Região – 24/11/2015.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, relator p/ acórdão.

### Voto Vencido\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: —*

Antes de examinar as teses expostas pela agravante em seu agravo regimental, bem como os argumentos apresentados pela impetrante em impugnação, analiso o cabimento e a adequação do presente agravo regimental, bem como o interesse na sua interposição.

2. Nos termos do § 1º do art. 297 do Regimento Interno deste Tribunal,

[...] da decisão que, em agravo de instrumento, o converter em agravo retido, conferir ou negar efeito suspensivo, deferir ou conceder, total ou parcialmente, antecipação da tutela recursal e da que, em mandado de segurança, deferir ou indeferir liminar não caberá agravo regimental [...].

3. Dessa forma, insurgindo-se a ESBR contra decisão liminar concedida em favor da impetrante, não poderia, na forma do Regimento Interno, lançar mão do agravo regimental para sua reforma.

4. Nada obstante, entendo ser cabível a interposição do agravo regimental em razão do que dispõe o parágrafo único do art. 16 da Lei 12.016/2009, *in verbis*:

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

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

5. Dessa forma, havendo expressa previsão legal para o cabimento de agravo da decisão que conceder ou negar a medida liminar em mandado de segurança de competência originária dos tribunais, hipótese dos autos, entendo não prevalecer a norma regimental.

6. No mesmo sentido, precedente desta Corte, com a ressalva de que se refere ao art. 293 do Regimento Interno por ser aquele que, à época do julgamento, tratava da matéria:

AGRAVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 12.016/2009. INDEFERIMENTO DA LIMINAR. INTEMPESTIVIDADE. I - A redação do § 1º do art. 293 do Regimento Interno do TRF/1ª Região está superada em face do art. 16, Parágrafo Único da Lei 12.016/2009. II - O prazo para interposição de agravo é de 10 (dez) dias, contados a partir da intimação da decisão agravada, nos termos do art. 522 do CPC. III - Interposto o agravo fora do prazo, não há que ser conhecido o recurso em face de sua intempestividade. IV - Agravo não conhecido.

(AGMS 0052455-59.2009.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF1 p.146 de 09/11/2009)

7. Registro, outrossim, não prosperar as alegações da Abradee no sentido de que incabível o agravo regimental na medida em que a ESBR sequer é parte no feito e, ainda que assim não fosse, não haveria interesse recursal na medida em que a decisão liminar por mim proferida não revogou decisões favoráveis nos autos da cautelar e ordinária que tramitaram na Seção Judiciária de Rondônia.

8. A uma, porque, nos termos do art. 499 do Código de Processo Civil, “o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público”. Dessa forma, sendo a ESBR terceira prejudicada, possível a interposição do agravo regimental.

9. E a duas, porque ainda que a decisão agravada tenha sido clara no sentido de que não revogou aquelas favoráveis à ESBR proferidas nos autos da cautelar e ordinária que tramitaram em Rondônia, fato é que contra ela produziu efeitos, não havendo que se falar, pois, em falta de interesse recursal.

10. Passo ao exame do cabimento do mandado de segurança impetrado pela Abradee — adequação da via mandamental e transcurso do lapso decadencial de 120 dias.

11. O fundamento da impetração reside no fato de que as associadas da impetrante estariam sofrendo

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Jirair Aram Meguerian, Daniel Paes Ribeiro, João Batista Moreira, Kassio Marques, Néviton Guedes e o Exmo. Sr. Juiz Federal Waldemar Cláudio de Carvalho (convocado).

efeitos de decisões judiciais e sentença proferidas nos autos de ações que tramitam na Seção Judiciária de Rondônia, apesar de não terem participado das demandas na condição de litisconsortes passivas necessárias.

12. As demandas a que se refere a Abradee são a Ação Cautelar 9500-90.2013.4.01.4100 e a Ação Ordinária 10426-71.2013.4.01.4100, ambas propostas pela ESBR em desfavor da Aneel, sendo que no feito cautelar fora proferida decisão antecipando os efeitos da tutela a fim de (a) autorizar a imediata produção de provas periciais de engenharia e contábil no canteiro de obras da UHE Jirau, (b) determinar à Aneel que se abstenha de aplicar quaisquer sanções decorrentes do atraso na geração de energia, além de cobrar tarifas de uso do sistema de transmissão quanto à energia cuja geração está em atraso segundo o cronograma vigente, e (c) determinar à Aneel a obrigação de impor à CCEE a abstenção de exigir o registro dos montantes de energia segundo o atual cronograma de instalação e operação comercial das unidades geradoras vigente. A decisão antecipatória dos efeitos da tutela foi confirmada, consoante informações prestadas pela autoridade impetrada (Evento 55873).

13. Na ação ordinária, por seu turno, foi igualmente deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, determinando-se à Aneel (a) que se abstivesse de aplicar quaisquer sanções à ESBR pelo atraso na geração de energia e, por consequência, de determinar que arcasse com tarifas de uso do sistema de transmissão quanto à energia cuja geração está em atraso segundo o cronograma vigente, até ulterior decisão, e (b) que, na qualidade de órgão regulador do mercado de energia, comunicasse à CCEE a suspensão da exigência dos registros dos montantes de energia segundo o atual cronograma de instalação e operação comercial das unidades geradoras (turbinas).

14. Pois bem. O exame da adequação do ajuizamento da ação mandamental objetivando a suspensão dos efeitos, em relação às associadas da impetrante, das decisões e sentenças proferidas nos feitos acima referidos demanda a análise da tese principal desenvolvida na inicial: necessidade de as associadas da impetrante comporem o polo passivo da relação processual na medida em que o reconhecimento do atraso no cronograma das obras da UHE Jirau ocasiona impacto financeiro direto sobre elas.

15. A tese da impetrante se justifica na medida em que suas associadas e a ESBR, ora agravante, celebraram Contratos de Comercialização de Energia

Elétrica no Ambiente Regulado (CCEARs), pactos bilaterais de compra e venda de energia elétrica e respectiva potência associada celebrados entre o agente vendedor e o agente de distribuição no âmbito do Ambiente de Contratação Regulada (ACR).

16. Acerca da forma de distribuição de energia elétrica e dos contratos de comercialização de energia elétrica a que se refere a impetrante, trago o seguinte trecho da exordial:

[...].

Por meio do Leilão nº 005/2008-ANEEL (“Leilão nº 005/2008”), que teve por objeto a compra de energia elétrica proveniente da Usina Hidrelétrica Jirau (“UHE Jirau”), a Energia Sustentável do Brasil (“ESBR”) se sagrou vencedora para construir, operar e comercializar a energia elétrica produzida pela usina, bem como as Distribuidoras associadas da Impetrante participaram como interessadas para aquisição de energia elétrica. Como resultado do leilão, a ESBR e Distribuidoras celebraram Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado, os denominados Contratos de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEARs) “por quantidade”, na qualidade de vendedora e compradoras, respectivamente.

Os CCEARs são os contratos bilaterais de compra e venda de energia elétrica e respectiva potência associada, celebrado entre o agente vendedor e o agente de distribuição no âmbito do Ambiente de Contratação Regulada (“ACR”), como decorrência dos leilões de energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes e de novos empreendimentos e do dever legal (Lei nº 10.848/04) das distribuidoras de possuírem quantidades de energia contratadas suficientes para atender aos consumidores de suas respectivas áreas de concessão.

Como se verá detalhadamente a seguir, as distribuidoras de energia elétrica, via de regra, devem contratar 100% (cem por cento) da energia prevista para consumo em sua área de concessão nos leilões promovidos no ACR, sob pena das sanções setoriais. Assim, na forma contratualmente estabelecida, o vendedor será pago pela quantidade contratada, sendo certo que na hipótese de não geração da totalidade da energia contratada, este deverá adquirir energia de terceiros para honrar com seus compromissos ou arcar com o custo da energia no Mercado de Curto Prazo (“MCP” ou “spot”).

[...].

17. Dessa forma, afirma a impetrante que, a partir do momento em que reconhecidas as excludentes de responsabilidade da ESBR quanto ao atraso no cumprimento do prazo inicialmente previsto no cronograma da UHE Jirau, as distribuidoras sofrem impacto financeiro imediato, na medida em que, para

honrarem seus compromissos, devem adquirir energia no mercado de curto prazo, com custo de energia consideravelmente elevado.

18. Apesar da argumentação desenvolvida pela ESBR em seu agravo regimental, entendo que, de fato, não podem as associadas da impetrante sofrerem os impactos financeiros de decisões proferidas em processos dos quais não fez parte, sendo hipótese clara de litisconsórcio passivo necessário.

19. Em outras palavras, causando as decisões judiciais favoráveis à ESBR impacto na esfera jurídica das distribuidoras, na medida em que deverão adquirir energia no mercado de curto prazo para cumprir compromissos assumidos considerando o cronograma inicialmente previsto da UHE Jirau, não há que se falar em ausência de litisconsórcio a afastar a pretensão de suspensão de seus efeitos.

20. Neste ponto, entendo ser irrelevante a alegação da agravante no sentido de que não se estaria diante de litisconsórcio passivo necessário na medida em que as providências buscadas nas demandas propostas voltaram-se contra a Aneel no âmbito da relação jurídica existente por força do Contrato de Concessão 2/2008.

21. É que, ainda que a relação jurídica principal diga respeito ao Contrato de Concessão 2/2008, não se pode ignorar o fato de que os efeitos decorrentes do reconhecimento de causas excludentes de responsabilidade no atraso do cronograma da UHE Jirau, de modo a reconhecer a legitimidade de dias de atraso, causa impacto financeiro às distribuidoras, razão pela qual deveriam ter sido citadas para compor a lide na condição de litisconsortes passivas necessárias.

22. Irrelevantes, outrossim, as teses de que (a) a própria impetrante reconhece que os pedidos de excludentes de responsabilidade formulados por geradores de energia não têm o condão de serem submetidos ao crivo das distribuidoras (parágrafo primeiro do art. 6º da Resolução Normativa Aneel 595/2013) e que, além disso, (b) o parágrafo terceiro do citado dispositivo dispõe que, sendo escolhida a opção do parágrafo primeiro, o agente comprador (distribuidor) ficará exposto involuntariamente ao mercado de curto prazo, o que significa que os custos de aquisição de energia em tal mercado sejam repassados aos consumidores finais, seguindo a normatização do setor elétrico, não havendo que se cogitar, por consequência, em qualquer prejuízo que as distribuidoras pudessem sofrer a ensejar sua participação nas demandas propostas pela ESBR.

23. Primeiro, porque, conforme já fundamentado outrora, as distribuidoras sofrerão, como de fato vêm sofrendo, os impactos financeiros decorrentes das decisões judiciais favoráveis à ESBR.

24. Segundo, porque o fato de as distribuidoras repassarem aos consumidores finais os custos de aquisição da energia no mercado de curto prazo não afasta os efeitos financeiros imediatos decorrentes do cumprimento das decisões e das sentenças favoráveis à ESBR.

25. Também não prospera o argumento da agravante no sentido de que, adotando-se a tese pretendida pelas distribuidoras, deveriam participar de todos os litígios do setor elétrico.

26. Isso porque necessário se faz analisar cada caso concreto, não sendo possível afastar a tese da existência de litisconsórcio com alegação genérica no sentido de que, adotando-se a tese desenvolvida pela impetrante, “as distribuidoras deveriam compor, na condição de litisconsortes passivas necessárias, qualquer lide no âmbito do Setor Elétrico”.

27. Por fim, porém ainda no que se refere ao cabimento ou não de mandado de segurança sob a alegação de que as distribuidoras não fizeram parte do polo passivo das ações propostas pela ESBR, afasto a tese de que haveria decisão de minha lavra no sentido da desnecessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário em caso semelhante.

28. O caso a que a agravante se refere é a Ação Cautelar 1001783-20.2015.4.01.0000, proposta pela empresa Norte Energia S/A, concessionária da UHE Belo Monte. O processo principal ao qual se relaciona é mandado de segurança em que se objetiva a não aplicação de quaisquer penalidades ou sanções decorrentes da não entrada em operação da UHE Belo Monte na data estabelecida no cronograma original do projeto, *enquanto não julgado em definitivo processo administrativo em que se discute a existência ou não de excludentes de responsabilidade*.

29. Além disso, a questão relativa à inclusão ou não de distribuidoras no polo passivo da demanda principal à cautelar não foi objeto de discussão na decisão de minha lavra que concedeu a medida liminar requerida pela Norte Energia S/A, razão pela qual não há que se falar que sobre a questão já me manifestei em sentido contrário.

30. Firmada a condição de litisconsortes passivas necessárias, nas ações propostas pela ora agravante na Seção Judiciária de Rondônia, das distribuidoras associadas à impetrante, passo à análise das teses

relativas à adequação da via mandamental e do transcurso do lapso decadencial de 120 dias.

31. A tese defendida pela agravante é no sentido de que o mandado de segurança seria incabível na medida em que a ação mandamental não pode servir de sucedâneo recursal; poderiam as distribuidoras ter recorrido das decisões a elas contrárias por meio de recurso de terceiro prejudicado; ser expressa a Súmula 267 do STF no sentido do não cabimento de mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição; e não incidente ao caso concreto a Súmula 202 do STJ, segundo a qual “a impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso”.

32. Nada obstante os argumentos expostos pela agravante, entendo ser correta a utilização da via mandamental a fim de suspender os efeitos de decisão proferida em processo do qual litisconsortes passivos necessários não fizeram parte.

33. A uma, porque assim dispõe o Enunciado 202 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

*A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso.*

34. E a duas, porque a aplicação do referido enunciado não é excepcionada pelo fato de ao terceiro prejudicado ser possível a interposição de recurso dotado de efeito suspensivo (agravo de instrumento e recurso de apelação), conforme precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, de cujo voto do RMS 38967 extraio o seguinte excerto:

[...].

Ao apreciar o mandamus, o relator designado indeferiu a inicial, adotando este fundamento: o mandado de segurança foi impetrado como sucedâneo recursal, visto que a parte dispunha de recurso para recorrer da sentença que julgara precedente o pedido de divisão de bem imóvel em condomínio (e-STJ, fl. 38).

O Tribunal a quo, ao negar provimento ao agravo regimental, apoiou-se nos mesmos fundamentos para confirmar a decisão monocrática agravada, ou seja, entendeu que a parte dispunha de recurso para impugnar a decisão e que, sendo vedada a utilização do mandado de segurança como sucedâneo daquele, era mesmo caso de extinção do processo. Assim, confirmou a decisão do relator.

[...].

Os impetrantes, ora recorrentes, argumentam que têm interesse e que foram prejudicados, uma vez que não compuseram a lide na qualidade de

litisconsortes passivos necessários e que não teriam como recorrer.

O TJ/RJ, embora tenha indeferido a exordial em razão de o writ não poder ser utilizado como sucedâneo de recurso, não especificou qual seria o recurso, e os impetrantes opuseram os competentes embargos de declaração para suprir tal omissão.

Ora, comprovadas as alegações constantes das razões recursais, os impetrantes poderiam fazer uso da faculdade prevista no art. 499 do Código de Processo Civil (“O recurso pode ser interposto pela parte vencida, *pelo terceiro prejudicado* e pelo Ministério Público”), mas a previsão desse recurso não acarreta a imposição ao terceiro prejudicado, que poderia optar pela via do mandado de segurança, conforme se extrai do enunciado da Súmula n. 202/STJ:

“A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso”.

[...].

35. Já no que se refere ao transcurso do lapso decadencial de 120 dias para a ação mandamental, faço as seguintes considerações.

36. A tese defendida pela agravante se consubstancia, em síntese, na alegação de que, embora a impetrante aponte como ato coator a sentença proferida na Ação Ordinária 10426-71.2013.4.01.4100, pretende suspender os efeitos de decisões interlocutórias proferidas tanto naqueles autos quanto nos da Ação Cautelar 9500-90.2013.4.01.4100, que, por sua vez, já estariam alcançadas pela decadência.

37. A impetrante, por seu turno, aduz não prosperar a alegação da agravante, vez que (a) a discussão administrativa posta na Aneel sobre a análise das cláusulas exclusiventes de responsabilidade apresentadas apenas teve seu fim em 07/05/2015 com a publicação do Despacho 1.249; (b) somente tomou ciência em 13/07/2015 dos efeitos de um dos atos impugnados (sentença proferida na Ação Ordinária 10426-71.2013.4.01.4100), conforme comprova o Ofício 237/2015, da Diretoria da Aneel; e (c) não há que se falar em transcurso do lapso decadencial desde a data em que proferida decisão liminar favorável à ESBR na medida em que, quando de sua prolação, as distribuidoras estavam legalmente subordinadas ao mérito administrativo da Aneel, registrando que qualquer tratamento dos efeitos da decisão favorável à ESBR deveria ser concedido pelo órgão legitimado para tanto.

38. As decisões às quais a agravante se refere são as seguintes: decisão interlocutória proferida em 23/09/2013 nos autos da Cautelar 9500-



90.2013.4.01.4100, por meio da qual foi concedida a liminar requerida e autorizada a produção antecipada de provas periciais de engenharia e contábil no canteiro de obras da UHE Jirau, determinado à Aneel que se abstinhasse de aplicar quaisquer sanções à ESBR pelo atraso na geração de energia, bem como a comunicação da CCEE acerca da suspensão da exigência do registro dos montantes de energia segundo o atual cronograma de instalação e operação comercial das unidades geradoras (turbinas); e decisão interlocutória proferida em 17/10/2013 nos autos da Ação Ordinária 10426-71.2013.4.01.4100, por meio da qual determinou-se à Aneel, à semelhança da ação cautelar, que se abstinhasse de aplicar quaisquer sanções à ESBR pelo atraso na geração de energia e, por consequência, de demandar que arcasse com tarifas de uso do sistema de transmissão no tocante à energia cuja geração estivesse em atraso conforme cronograma vigente, bem como que, na qualidade de órgão regulador do mercado de energia, que fosse comunicada à CCEE a suspensão da exigência, em relação à ESBR, do registro dos montantes de energia segundo o atual cronograma de instalação e operação comercial das unidades geradoras (turbinas).

39. A sentença que justificou a impetração, por seu turno, foi a proferida em 14/05/2015 nos autos da Ação Ordinária 10426-71.2013.4.01.4100, que, além de confirmar a decisão antecipatória dos efeitos da tutela, julgou procedente o pedido e (a) reconheceu as causas excludentes de responsabilidade pelos atrasos no cronograma das obras da UHE Jirau, oriundas dos reflexos diretos e indiretos dos eventos danosos ocorridos em 2011 e 2012 no canteiro de obras da usina e também dos movimentos sociais, bem como daquelas decorrentes dos atos do Poder Público que resultaram em atrasos por conta das retenções ilegais efetuadas pelo fisco e da morosidade no desembaraço aduaneiro de equipamentos destinados às obras; (b) determinou à Aneel a revisão do cronograma das obras da UHE Jirau para adequá-lo aos 535 dias de atraso decorrentes dos eventos de força maior/caso fortuito e de atos do Poder Público; (c) declarou inexigíveis quaisquer obrigações, penalidades e custos impostos à ESBR por conta dos atrasos oriundos dos eventos constantes da alínea a; e (d) anulou o Despacho 1.723/2013, bem como eventual decisão que vier a confirmá-lo.

40. A leitura da exordial revela que a agravante justifica a impetração do mandado de segurança pelo fato de estar sofrendo os efeitos de *decisões* proferidas nos autos da Ação Ordinária 10426-71.2013.4.01.4100 e da Ação Cautelar 9500-90.2013.4.01.4100, das

quais teve ciência, conforme alega, em 13/07/2015, por meio do Ofício 237/2015 da Diretoria da Aneel, que encaminhou o Parecer de Força Executória 00406/2015/PFAneel/PGF/AGU, no qual atesta que a *sentença* deverá ser cumprida por estar vigente e eficaz desde o dia 08/07/2015.

41. A corroborar a pretensão de anulação de todas as decisões proferidas nos autos das ações propostas pela ESBR, o seguinte trecho da exordial:

[...].

Ao final, requer seja concedida a segurança para se confirmar a liminar e determinar, definitivamente, à Autoridade Coatora o cumprimento das determinações dispostas nos exatos termos acima, bem como *anular todos os atos, principalmente os que contém carga decisória dos processos nº 9500-90.2013.4.01.4100 (Ação Cautelar) e 10426-71.2013.4.01.4100 (Ação Ordinária), desde o momento em que as Associadas da Impetrante deveriam ter sido citadas*, restando hígido, in totum, o Despacho ANEEL nº 1.732, mantido pelo Despacho ANEEL nº 1.249, publicado em 7.05.2015, que manteve o reconhecimento do excludente da responsabilidade da Energia Sustentável do Brasil S.A., motivado por ato do Poder Público, pelo atraso de 52 dias no cronograma de implantação da UHE Jirau.

[...]. Sic.

42. A discussão acerca do ato coator e da abrangência da ação mandamental, bem como das decisões proferidas até então, reveste-se de relevância na medida em que diversos são os efeitos delas decorrentes, sobretudo da sentença proferida nos autos da Ação Ordinária 10426-71.2013.4.01.4100.

43. Com efeito, a decisão antecipatória dos efeitos da tutela proferida nos autos da ação acima referida assegurou à agravante (ESBR) que não sofresse qualquer sanção pelo atraso na geração de energia, bem como que fosse comunicada à CCEE a suspensão da exigência do registro dos montantes de energia segundo o atual cronograma de instalação e operação comercial das unidades geradoras, ao passo que a sentença prolatada, além de confirmar aquele decisório (item c da sentença), reconheceu as causas excludentes de responsabilidade pelos atrasos no cronograma das obras da UHE Jirau e determinou a revisão do cronograma das obras para adequá-lo a 535 dias de atraso, anulando o Despacho 1.732/2013.

44. Nada obstante os argumentos apresentados pela agravante, entendo não ter transcorrido o lapso decadencial de 120 dias.

45. Isso porque embora as distribuidoras já estivessem sofrendo financeiramente os efeitos de liminares (na ação ordinária e no feito cautelar) concedidas em favor da ESBR, que garantiram a suspensão da exigência do registro dos montantes de energia segundo o cronograma inicial de instalação e operação comercial das unidades geradoras, eles só foram confirmados por ocasião da prolação da sentença, em que, em sede de cognição exauriente, foram reconhecidas cláusulas excludentes de responsabilidade a ensejar a revisão, em 535 dias, do referido cronograma.

46. Ademais, considerando que as distribuidoras associadas da impetrante devem compor as demandas propostas pela ESBR na condição de litisconsortes passivas necessárias, me pareceria contraditório impor, em relação a elas, os efeitos de decisões monocráticas e suspender aqueles decorrentes da sentença nelas proferidas.

47. Dessa forma, entendo que a contagem do lapso decadencial deve ocorrer a partir do momento em que as distribuidoras tiveram ciência do ato impugnado, razão pela qual deve ser afastada a alegação da ESBR de que transcorrido o prazo de 120 dias para o ajuizamento da ação mandamental.

48. Ainda amparado nos fundamentos acima lançados, tenho por inocorrido o descumprimento da decisão que concedeu a liminar em favor da impetrante, noticiado na petição cadastrada no Evento 58785.

49. Na referida petição, argumenta a ESBR que a decisão de minha lavra concessiva da liminar requerida pela impetrante (Evento 45622), posteriormente confirmada pela decisão cadastrada no Evento 56017, foi clara no sentido de que, apesar de ter isentado as distribuidoras dos efeitos decorrentes das decisões judiciais proferidas na Ação Cautelar 9500-90.2013.4.01.4100 e na Ação Ordinária 10426-71.2013.4.01.4100, não foram revogadas as decisões proferidas pelo Juízo Federal da 5ª Vara Federal de Rondônia.

50. Contudo, argumenta que estaria a CCEE descumprindo o quanto por mim decidido na medida em que não estaria eximindo as distribuidoras, em caráter provisório, apenas do pagamento da recontabilização dos montantes de energia entregues a maior pela ESBR (comando que, conforme afirma, estaria abrangido pelas decisões de minha lavra); estaria a CCEE, além disso, a se negar a reduzir os montantes de energia exigidos pela Aneel ao longo do

período pelo qual foram afastadas as responsabilidades da ESBR inseridas no contrato de concessão.

51. Nesse sentido, o seguinte trecho da petição cadastrada no Evento 45622:

[...].

Como se vê, muito embora a r. decisão liminar tenha permitido que as distribuidoras associadas à Impetrante não suportem os efeitos decorrentes das decisões proferidas em favor da Peticionária ESBR nos autos da Ação Cautelar nº 9500-90.2013.4.01.4100 e da Ação Ordinária nº 10426-71.2013.4.01.4100, no sentido de eximi-las em caráter provisório do pagamento da recontabilização dos montantes de energia entregues a maior pela Peticionária ESBR, Vossa Excelência houve por bem reconhecer que todas aquelas decisões, exaradas em face da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, permanecem em vigor.

[...].

4. Pois bem. Percebe-se claramente a existência de inúmeras determinações exaradas pelo D. Juízo Impetrado à ANEEL, as quais nada têm a ver com as distribuidoras associadas à Impetrante.

5. Aliás, a leitura das determinações acima reproduzidas permite concluir que o principal efeito da r. sentença proferida pelo D. Juízo Impetrado não é a constituição de crédito em favor da Peticionária ESBR em face das Distribuidoras, mas sim a *revisão do cronograma de entrega de energia da UHE Jirau fixado no Contrato de Concessão*.

6. Dessa forma, as decisões proferidas em favor da Peticionária ESBR nos autos originários *não se vinculam à discussão travada pela Impetrante neste mandamus, no sentido de que o D. Juízo Impetrado teria criado um crédito supostamente indevido à Peticionária ESBR, a ser pago pelas associadas da Impetrante*.

7. Anote-se que uma consequência da revisão do cronograma consiste na recontabilização das obrigações de entrega de energia e a consequente constituição do crédito, *uma vez que foi entregue energia a maior no passado*.

8. Tal crédito, contudo, se for expurgado da liquidação e não chamado a pagamento pelas distribuidoras, não se constituirá em inadimplemento e, conseqüentemente, não será observado multilateralmente pelo Mercado de Curto Prazo (MCP).

9. Nesse contexto, vale aqui fazer um breve esclarecimento. A discussão travada pelas distribuidoras nestes autos, no tocante ao pagamento do crédito criado para a Peticionária ESBR, em razão da revisão do cronograma, decorre essencialmente do dinamismo dos fatos diante do transcurso do tempo, pois a r. sentença do D. Juízo impetrado, ao reconhecer as causas excludentes de responsabilidade e de determinar a revisão do cronograma da UHE Jirau após 2 (dois) anos pelos



quais o empreendimento já estava gerando energia e a repassando às distribuidoras, fez com que se concluisse que durante tal período a Peticionária ESBR entregou energia a mais em relação ao cronograma já revisado.

10. Caso a controvérsia tivesse sido solucionada pela ANEEL, correta e oportunamente no processo administrativo, sem que a Peticionária ESBR fosse obrigada a se socorrer ao Judiciário, esse crédito jamais teria sido criado.

11. Isso porque a UHE Jirau já iniciaria sua operação segundo o cronograma revisado e as distribuidoras passariam a receber a energia também de acordo com o cronograma que já contemplasse o reconhecimento das causas excludentes de responsabilidade, o que teria evitado a criação do atual estado de caos apresentado pela Impetrante nestes autos.

12. Feito esse esclarecimento, *anote-se que a outra consequência da revisão do cronograma da UHE Jirau - tão ou mais importante - consiste na redução dos montantes de energia, exigidos pela ANEEL, a serem entregues pela peticionária ESBR daqui em diante, ao longo do período pelo qual foram afastadas as responsabilidades da Peticionária ESBR inseridas no Contrato de Concessão.*

13. Tal redução é direito reconhecido pela r. sentença à Peticionária ESBR em razão do acolhimento das causas excludentes de responsabilidade e deverá ser observado pela CCEE, sob o risco de representar enriquecimento sem causa das distribuidoras, as quais receberão mais energia do que o devido.

14. Assim sendo, observa-se que o único efeito prático decorrente da r. decisão liminar proferida neste mandamus consiste na suspensão do pagamento, pelas distribuidoras, de referido crédito à Peticionária ESBR, sobretudo porque Vossa Excelência já esclareceu que todas as decisões proferidas em favor da Peticionária ESBR estão em vigor e, ainda, porque referidas decisões possuem outros inúmeros comandos exarados à ANEEL, em especial o de que os volumes de energia que passam a ser entregues pela Peticionária ESBR sejam reduzidos, em observância à revisão do cronograma de implantação do empreendimento.

[...].

52. Razão não assiste à ESBR.

53. A uma, porque o que alega estar sendo descumprido pela CCEE (revisão do cronograma de implantação do empreendimento UHE Jirau) decorre exclusivamente da sentença, cujos efeitos estão suspensos por força das decisões por mim proferidas nos presentes autos.

54. E a duas, porque a pretendida revisão imediata do cronograma de implantação do empreendimento UHE Jirau ocasiona efeitos financeiros imediatos às

distribuidoras, pelo que sua execução é contraditória à fundamentação já exposta na presente decisão.

55. Por esclarecer em que medida as distribuidoras sofreriam os efeitos financeiros decorrentes da imediata revisão do cronograma de implantação do empreendimento UHE Jirau, a seguinte manifestação da CCEE (Evento 65767):

[...].

24. Refutamos veementemente a alegação de descumprimento de decisão judicial, reforçando nosso comprometimento inequívoco em operacionalizar adequadamente as decisões judiciais que somos oficialmente instados a dar efetividade, nos termos da própria decisão, da regulação setorial vigente e em benefício de uma parte ou de outra da demanda. Especificamente em relação ao caso, tem-se:

a) os créditos/débitos pretéritos decorrentes do cumprimento das decisões da 5ª Vara Federal de Rondônia, ou seja, aqueles apurados na contabilização de julho/2015 e que seriam exigidos na liquidação financeira nos dias 14 e 15 de outubro/2015, foram - e permanecem- suspensos pela CCEE, até nova determinação judicial;

b) a partir da contabilização de agosto/2015 não está sendo “exigido das associadas da Impetrante” o cumprimento das decisões proferidas pelo Juízo da 5ª Vara Federal de Rondônia. Nesse contexto, ainda que não revogadas as decisões da 5ª Vara Federal de Rondônia, *financeiramente passa a ser exigido da UHE Jirau a entrega dos montantes mensais de energia conforme cronograma administrativo vigente (Despacho 1.249/2015 ANEEL), tanto para fins de contabilização mensal na CCEE, quanto para fins de divulgação da receita devida à UHE Jirau (tratamento bilateral entre as Distribuidoras e UHE Jirau, totalmente fora do âmbito da CCEE); e*

c) o atendimento ao pleito da ESBR para reduzir os montante de energia a serem entregues pela ESBR às Distribuidoras, poderá ser devidamente operacionalizado pela CCEE caso sejamos oficialmente intimados por V. Exa. para tanto, lembrando que *essa redução implica o fato de se cobrar, nas próximas liquidações, o montante correspondente a essa redução dos contratos prevista na sentença judicial do processo relativo a Rondônia.*

[...]. Grifo nosso.

56. Dessa forma, não há como prover a alegação de que estaria a CCEE descumprindo as decisões judiciais de minha lavra proferidas nos presentes autos.

57. Por fim, e em atenção ao pedido subsidiário formulado pela agravante — esclarecimento de que os efeitos das decisões por mim proferidas restringem-se a afastar a exigência de que as distribuidoras arquem com os pagamentos das recontabilizações dos montantes de energia preteritamente entregues

a maior, permanecendo vigente a sentença proferida na AO 10426-71.2013.4.01.4100, na parte em que determinou a revisão do cronograma do contrato de concessão firmado com a Aneel, contemplando os 535 dias de atraso apurados em perícia judicial — registro, em consonância com a fundamentação já expendida ao longo deste voto, que ficam suspensos, até decisão definitiva no presente mandado de segurança, os efeitos das decisões proferidas nos autos da Ação Cautelar 9500-90.2013.4.01.4100 e da Ação Ordinária 10426-71.2013.4.01.4100, na medida em que o pretendido cumprimento ocasiona efeitos financeiros imediatos em relação às distribuidoras, que, repita-se, não compuseram tais lides na condição de litisconsortes passivas necessárias.

Pelo exposto, *nego provimento ao agravo regimental*.

### Voto-Vogal Vencedor

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:* — Senhor presidente, fiz questão de pedir a vossa excelência para fazer uma leitura completa do voto, com a finalidade principal de me inteirar melhormente dos fatos que a causa envolve. Essas questões relacionadas com energia elétrica são sempre complexas e, na maioria das vezes, implicam melhor estudo, incompatível com a situação em que estamos, final do ano — ao que me parece não haverá mais sessão —, e casos como este normalmente são casos urgentes, em face da periodicidade das liquidações que são realizadas pela CCEE. De tudo que ouvi, e pelo que posso rapidamente concluir à míngua de melhor exame, há uma relação entre a Jirau e a Aneel consubstanciada no contrato de concessão. Outras são as relações entre a Jirau e as distribuidoras de energia elétrica. A posição da Aneel é de órgão regulador, que aplica sanções e orienta a CCEE, que é uma pessoa jurídica de direito privado, com autonomia no momento de fazer as liquidações. As distribuidoras não estão vinculadas às decisões tomadas relativamente ao contrato de concessão. Eventual reflexo dessas decisões, na relação entre a Jirau e as distribuidoras, deve ser objeto de ações autônomas dessas empresas, em vez de justificar, como parece ter entendido vossa excelência, sua qualificação como litisconsortes necessários na ação entre a Jirau e a Aneel. Pelo que me lembro, a doutrina é no sentido de que a tendência no processo civil é restringir os casos que levariam a litisconsórcio necessário, para evitar a exagerada extensão das demandas, encadeamento de demandas em razão de interesses, muitas vezes econômicos apenas, não

interesses jurídicos *stricto sensu*. No caso, parece-me que o reflexo é econômico, e não estritamente jurídico. À primeira vista, parece-me que as distribuidoras poderiam habilitar-se como assistentes da Aneel, não como litisconsortes necessários. De acordo com o que disse vossa excelência, registrou vossa excelência, a decisão liminar requerida pela impetrante Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica determinou à autoridade coatora a notificação da Aneel e do Conselho de Administração da CCEE para que se abstenha de exigir de suas associadas o cumprimento de quaisquer decisões judiciais proferidas nos autos da ação cautelar número tal, e na ação ordinária número tal, bem como:

(b) determinar aplicabilidade de quaisquer sanções às suas associadas, em virtude do não pagamento na liquidação financeira a ocorrer em 07/10/2015 e eventuais liquidações subsequentes, do valor correspondente aos efeitos das decisões judiciais referidas no item 'a', anteriores.

Entendo que esses objetivos devem ser buscados em ações autônomas na justiça competente, e não na qualidade de litisconsortes necessários na ação intentada pela Jirau contra a Aneel, por se tratar de relações autônomas, considerando essa a tendência de restringir o alcance do litisconsorte necessário no processo civil. Portanto, dou provimento ao agravo regimental, sem prejuízo de que as questões possam ser discutidas pelas distribuidoras na justiça competente em ações autônomas.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:* — Há vários pedidos. Vossa excelência dá provimento para extinguir o mandado de segurança. Há vários pedidos, um deles é dizer que não caberia mandado de segurança e é extinto o pedido principal. Vossa excelência, ao dar provimento, está extinguindo o mandado?

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:* — Vossa excelência está destacando a preliminar?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:* — Não, não estou destacando. Não é só cassação da liminar minha. Ele pediu no agravo regimental, mas ele pediu extinção do mandado de segurança pela decadência ou pela indevida utilização e, subsidiariamente, requer ainda o esclarecimento dos efeitos e tal.

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:* — Vossa excelência deferiu a liminar por entender que elas são litisconsortes necessários e que, por isso, não estão sujeitas aos efeitos das decisões pelo fato de não terem sido citadas. Não reconheço a qualidade de litisconsortes necessários. Em tese, o mandado de

segurança é admissível, não houve decadência, mas não há o direito líquido e certo, porque, como não são litisconsortes necessários, no meu ponto de vista, não há fundamento para a decisão liminar. Dou provimento ao agravo regimental.

### Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques: —* Sua excelência, o Desembargador João Batista Moreira, está abrindo a divergência para prover o agravo por não reconhecer a necessidade da formação do litisconsórcio. Acredito que temos vários processos nos gabinetes, de forma individual, em que as concessionárias buscam essa proteção, igualmente buscada pela associação por meio dessa ação mandamental; por coincidência, tenho duas sob análise. A conclusão a que eu chego, pedindo a máxima vênias ao eminente relator, é a conclusão a que chegou o Desembargador Federal João Batista Moreira. Primeiro, porque voto, como é do conhecimento de todos, muito aplicando também a política judiciária, mas, nesse caso, nem precisei utilizar nada de administração no Judiciário; é realmente uma relação processual em que não se justifica a integração da formação do litisconsórcio necessário pelo interesse econômico, então não temos hipótese legal para isso. Segundo, temos mais de três mil concessionárias que formam a CCEE, exigir a formação de litisconsórcio necessário de todas que serão atingidas é engessar completamente as ações judiciais que tramitam na Justiça Federal. Todas essas ações idênticas a esta serão dois mil novecentos e noventa e nove mandados de intimação de formação de litisconsórcio, ou seja, não se julga mais, voltando para a política da administração da Justiça, isso não é possível. Então, vejamos, apenas para refletir, a decisão que o Tribunal pode estar tomando em exigir a formação de litisconsórcio. A medida trazida por sua excelência, o Desembargador João Batista Moreira, traz um prejuízo provisório para os litigantes, porque, se o entendimento na matéria de fundo, que vossa excelência já esposou e eu irei fazer agora, comungando com a matéria de fundo já esposada pelo Desembargador Federal Jirair e pelo Desembargador Federal Daniel, já são quatro, ou seja, a maioria, sem embargo do que venha a votar o Desembargador Federal Néviton, que sempre coroa nossos julgamentos aqui com as suas luzes, e o nosso juiz convocado, fica definida a posição das duas Turmas deste Tribunal quanto à matéria de fundo, se essas concessionárias podem ou não ser atingidas por decisões judiciais, não pelo fato de serem litisconsortes necessários, como bem colocou Sua Excelência, o Desembargador Federal João Batista, mas por outras razões. E eu tenho outras aqui, reconheço, em duas

decisões que devo proferir, já cheguei a essa conclusão, ainda não decidi, mas estou adiando o entendimento hoje, que elas merecem, sim, essa proteção. Então, neste caso, em que pese concordar com a matéria de fundo trazida pelo eminente relator e pelo Desembargador Federal Daniel, que o acompanhou, sou forçoso a admitir que, para essa hipótese, o correto seria o provimento do agravo por não se reconhecer o interesse processual do autor da ação mandamental, e não se fincar uma jurisprudência no sentido de se exigir a formação do litisconsórcio. Repito, são quase três mil concessionárias que compõem a CCEE, isso inviabiliza qualquer ação judicial que discuta essa matéria. Então, com essas breves considerações, já adiando o meu ponto de vista, comungando em parte com vossas excelências e totalmente com o Desembargador Federal João Batista, entendo que essas empresas podem buscar, de forma individualizada, essa proteção, existem várias decisões aqui no Tribunal concedidas nesse sentido, e a matéria de fundo está sendo, por via oblíqua, analisada agora, quer dizer, o Tribunal já vai se manifestar sobre isso, e cada um, individualmente, aplicará a jurisprudência de hoje nos seus gabinetes. Então não deixa de ser também uma forma de se debruçar sobre a matéria de fundo. Neste caso, concordo com o Desembargador Federal João Batista, que não devemos, em razão da argumentação trazida, reconhecer o interesse da impetrante. Assim, com todas as vênias ao relator e a quem o acompanha, estou aqui provendo o agravo regimental para extinguir ou denegar a segurança, no caso de extinguir a ação mandamental, e permitir que essas ações possam ser trazidas individualmente para a nossa Justiça Federal. É como voto.

### Voto-Vogal

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: —* Senhor presidente, este caso, de fato, é coroadado de algumas peculiaridades. A primeira oportunidade que tive de me aproximar da situação aqui sob discussão foi quando fui procurado por sua excelência, o advogado que representa a concessionária, a agravante. A primeira impressão que tive no caso, e não estou dizendo que me afasto dela totalmente, é exatamente essa do Desembargador Federal João Batista e bem desenhada também por sua excelência, o Desembargador Federal Kassio Nunes Marques. Temos um sem-número de ações do setor elétrico em que basicamente distribuidoras, usinas confrontam atos da administração, ora da Aneel, ora dessa CCEE, e, como diz com propriedade o Desembargador Federal Kassio Nunes, seria absolutamente impossível, em todas essas demandas, exigir-se a formação de litisconsórcio, até

porque entendo que litisconsórcio não há; as empresas estão, usinas, distribuidoras, voltando-se contra atos da administração, e, dessas decisões judiciais buscadas por essas empresas, poderão repercutir consequências para as demais empresas; elas são interessadas economicamente. Tentando explicar o que quero dizer, se o Ministério Público Federal propõe uma ação civil pública de improbidade contra um determinado servidor que paga uma pensão alimentícia, efetivamente a perda do cargo fará com que a ex-esposa dele não possa receber a pensão alimentícia. Ela é interessada economicamente, mas não é interessada juridicamente para compor o polo passivo. Ela não é litisconsórcio necessário, a uma, porque a decisão judicial não lhe atinge, não tem eficácia subjetiva; a duas, porque não tem eficácia material porque o objeto da decisão não é a pensão alimentícia, não é a relação existente entre ela e o servidor, no caso, seu ex-marido. Então, acho que há uma facilidade muito grande até de nós extinguirmos isso, apesar da confusão reinante entre interesse jurídico e interesse econômico. As decisões do Judiciário, de regra, terão repercussão econômica na esfera de muitas pessoas. Você confirma a exclusão de um servidor público, ele vai deixar de pagar as contas dele, e ninguém vai dizer que, dessa decisão, deva participar todo aquele que vai sofrer essa repercussão. Quando eu tive conhecimento deste caso, além das discussões que atravessam aí sobre o mandado de segurança ser cabível ou não ser cabível, e vossa excelência enfrentou o tema com a Súmula 202 do Superior Tribunal de Justiça, o fato é que, ontem, fui procurado pela outra parte, que me trouxe alguns elementos de fato que me tornaram discutível a ideia que anteriormente eu tinha formado sobre o caso. O que me disseram os procuradores dessa associação, Desembargador Federal Kassio, é que aqui, e aí eu gostaria que vossa excelência confirmasse isso, nós não estaríamos discutindo, de um lado, a relação desse consórcio que construiu Jirau e a Aneel, ou CCEE, mas o que me disseram é que, paralelo a isso, foram fixados contratos específicos entre essas empresas que formavam essa associação. Existe isso?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:* — Sim, o problema é exatamente esse, porque esses quinhentos e tantos dias refletem sobre os contratos da compra e venda feita no leilão entre as distribuidoras e Jirau.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — E esses contratos foram objeto da decisão judicial, especificamente?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:* — Não, é a consequência da decisão judicial que reflete nos contratos.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Porque, Desembargador Kassio, em todos os casos em que concordo com vossa excelência...

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:* — Veja bem, Jirau entregou uma parte da energia contratada, e, com essas decisões da Justiça, para todos os efeitos, Jirau entregou o que não precisava entregar, entregou em virtude do contrato.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Até aí eu concordo.

*O Ilmo. Sr. Advogado:* — Senhor presidente, demais desembargadores, membros do Ministério Público e colegas. Desembargador, é só a título de esclarecimento, a interpretação inicial do Desembargador João Batista está correta. Existe um contrato de concessão entre a Aneel e a Energia Sustentável do Brasil para operacionalizar a usina de Jirau, e entre a Energia Sustentável e as distribuidoras existe um contrato de concessão. Com a sentença que reconheceu os quinhentos e trinta e cinco dias e reduziu a quantidade de entrega da Energia Sustentável de Jirau para os distribuidores, essa sentença afetou diretamente os contratos existentes, contratos estes bilaterais entre as distribuidoras e a Energia Sustentável, este é o ponto. E por isso o interesse não é estritamente econômico, pelo contrário, aqui o interesse é jurídico, já que a sentença de Rondônia afetou os contratos existentes entre a Energia Sustentável e distribuidora, não estamos falando de Aneel aqui, e sim, Energia Sustentável e distribuidora. É só esse esclarecimento que eu gostaria de fazer.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Tenho absoluta concordância com o ponto de vista sustentado aqui por Suas Excelências, o Desembargador João Batista e o Desembargador Kassio, quer dizer, se estivéssemos apenas discutindo — não tenho dúvida da repercussão econômica, como o Desembargador Kassio e Desembargador João Batista, pelo que entendi, também não têm — o vínculo jurídico do consórcio que construiu Jirau e o contrato de concessão, o título jurídico que permitiu que esse consórcio construísse e entregasse posteriormente a quem quisesse a energia, eu não teria dúvida de acompanhar o voto, mas o que foi dito foi que, além disso, simultaneamente, no próprio ato que conformou a concessão para esse consórcio, dele fariam parte ou autorizações para que esse consórcio fizesse contratos bilaterais com outras empresas, e o que, estamos vendo isso da tribuna,



sua excelência o advogado sustenta dessa associação é que essa decisão judicial, a sentença — e aí é que eu quero saber — atingiu diretamente não apenas o vínculo, o título jurídico consórcio administração, mas atingiu também os contratos havidos, esses bilaterais múltiplos que o consórcio foi formando para entregar energia para essas distribuidoras.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques:* — Desembargador Néviton, só para esclarecer porque estou analisando esse processo, a matéria é exatamente essa, a distinção que fiz jurídico-processual é que é exatamente esse o cerne da questão. O que se discute nessa ação é se o atraso foi provocado pela UHE ou não. E se, ao final, a sentença foi favorável à UHE, ela não está obrigada a fornecer aquela quantidade de energia que ela teve que fornecer antes em razão desse atraso. Essa é a matéria de fundo que está sendo analisada nesse processo. Essa decisão, uma vez tomada, com a diminuição da carga de fornecimento de energia, reflete em outras centenas de concessionárias que têm seus contratos firmados de recebimento de energia e que serão atingidas porque esta concessionária recebeu alguma proteção judicial dizendo não está mais obrigada ao fornecimento dessa quantidade de energia em razão de não ter dado azo ao atraso.

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:* — Mas essa proteção é só em relação à Aneel, não é em relação aos compradores de energia.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques:* — Estou caminhando para concluir nesse sentido. O direito que nasce ali onde a concessionária é atingida legítima, sim, a concessionária vir a juízo por meio do conclamado interesse econômico, e agora transformado em jurídico, para dizer: estou sendo prejudicada, os meus contratos não vão ser cumpridos, vou tomar prejuízo em razão de uma determinada decisão judicial. Então, ainda que seja atingida por conta daquela decisão judicial, a minha relação jurídica não tem nada a ver com aquela relação processual ali mantida, ela é com a Aneel. Então, vou à concessionária — vejam como é diferente — por meio de ações individuais. Eu tenho algumas, e vossas excelências podem pesquisar que terão várias também nos seus gabinetes, e ela busca essa proteção judicial individualmente, como bem colocou Sua Excelência o Desembargador João Batista. Isso, em nenhum momento, caracteriza a formação de um litisconsorte necessário, obrigatório para discutir o atraso da UHE naquele processo. Qual é a legitimidade que tem as três mil outras concessionárias para discutir um atraso da outra? Absolutamente nenhum. Como se diz no popular, uma coisa é uma coisa, outra coisa é

outra coisa. Aí é que está o detalhe do litisconsorte, o interesse existe, quer dizer, o argumento do interesse está sendo utilizado para formar o litisconsórcio, e é isso que me voltei contra. Que ela possa ter interesse, sim, que ela esta sendo atingida, sim, e ela venha em juízo buscar, sim, e tem feito, e tem inúmeras decisões favoráveis.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:* — Mas acontece que a sentença, na verdade, faz com que a Aneel não cobre multa etc. etc., ou aplique penalidades, mas, automaticamente, dispensa as distribuidoras de exigirem a energia que tinham contratado.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Mas a sentença expressamente não toca nesses outros contratos.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:* — Expressamente, não, mas é consequência da sentença.

*O Ilmo. Sr. Advogado:* — Senhor presidente, gostaria de brevemente prestar um esclarecimento de fato, tal qual foi feito pelo outro patrono. São contratos paralelos, a discussão de fundo da ação é o atraso na entrega da obra. Eu diria que o exemplo, de fato, é muito semelhante ao exemplo dado pelo Desembargador Federal Néviton Guedes, da pessoa que firma um contrato de trabalho, ou seja, se eu rompo aqui, é uma questão jurídica discutida à luz de um atraso; o outro contrato é uma decorrência colateral, que pode ser parte de outra ação, mas que não necessariamente está umbilicalmente ligada uma coisa à outra.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Senhor presidente, compreendo que essas questões todas, e, no âmbito dos mercados de energia, nós temos percebido quanto as decisões judiciais inevitavelmente acabam tendo repercussão gravíssima sobre a vida econômica de outras empresas, mas o fato é que há que haver um corte, e o corte jurídico tem que ser preciso, não pode permitir qualquer espécie de dúvida. Em primeiro lugar, concordo com Sua Excelência o Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian quanto à possibilidade do mandado de segurança à luz da jurisprudência existente. Gosto de dizer que não brinco com fatos. Acho que essa jurisprudência do STJ não presta a melhor homenagem à Lei do Mandado de Segurança, que, expressamente, no art. 5º, diz que não cabe mandado de segurança contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo. O Supremo Tribunal Federal, na sua Súmula 247, aliás, há uma disputa entre as duas súmulas, diz isso expressamente, sem qualquer restrição em relação ao terceiro prejudicado. Eu fazia a leitura agora da jurisprudência do STJ e verifiquei que



mesmo lá há alguma divergência. Alguns, e me parece que mais corretamente, alguns ministros, querendo fazer um diálogo entre as duas súmulas, dizem: olha, para respeitar uma e outra súmula, seria necessário que a parte pelo menos demonstrasse que teve impossibilidade de interpor o recurso, ou seja, que não teve conhecimento, tal, tal, para prestigiar pelo menos a súmula do Supremo Tribunal Federal, mas, considerada a súmula do STJ e os termos em que ela tem sido aplicada, tenho que anuir com vossa excelência que o caso realmente permitiria o mandado de segurança. Agora, eu não vejo — e aí eu peço licença a sua excelência, o Desembargador Jirair — efetivamente que nós possamos confundir os dois aspectos. Não há dúvida nenhuma quanto à repercussão econômica; o interesse econômico dessas empresas da associação efetivamente fica atingido, mas não há, na decisão judicial, pelo que eu pude compreender, não há discussão do título jurídico que vincula essas empresas que compõem a associação com a concessionária. Se a decisão judicial expressamente não só dissesse em seu dispositivo, tocasse o vínculo jurídico existente entre a concessionária e a Administração Pública, e também tocasse o título jurídico, esses múltiplos contratos existentes entre a concessionária e essas distribuidoras, eu não teria dúvida de dizer: olha, aqui, a decisão, ao alcançar materialmente esses títulos jurídicos, teria que chamar essas distribuidoras para compor o polo passivo; não fez. Ou, ainda que não fazendo assim, Desembargador Jirair — posso estar enganado, vossa excelência sempre revelando muita sabedoria, nós vimos o quanto o voto de vossa excelência é bem fundamentado —, tivesse expressamente excluído essa responsabilização em relação a esses entes, eu também faria carga com vossa excelência, mas não foi o caso. Eu lembro, aqui de cabeça, uma decisão do eminente Ministro Teori Zavascki, à época Ministro do STJ, em que sua excelência distinguia, para efeitos de distinguir litisconsorte necessário com terceiro interessado, ele, depois de fazer essas distinções e de dizer, chega a uma conclusão que é até inusitada para o caso, ele diz: olha, o terceiro interessado não é mais prejudicado do que o litisconsórcio que não foi chamado porque, ao não ser chamado, a decisão também não o vincula. Como disseram o Desembargador João Batista e o Desembargador Kassio, essas empresas, quando forem chamadas pela administração para se responsabilizar por uma decisão judicial da qual não fizeram parte, poderão objetar, tanto administrativamente quanto judicialmente, que não podem sofrer a repercussão de uma decisão da qual não fizeram parte, mas a decisão é válida. Se fosse litisconsórcio necessário, a

decisão, além de tudo, seria inválida. Eu acho que essa decisão judicial é válida, mas, como ela não alcançou essas empresas, e, portanto, não é um título jurídico oponível a elas, elas eventualmente poderão, tanto administrativamente quanto judicialmente, dizer: olha, eu não estou vinculado, não tem eficácia nem subjetiva nem material sobre a minha esfera jurídica. E, se a Administração tentar eventualmente fazer cumprir contra elas, porque o que a decisão judicial fez foi dizer: o consórcio não é responsável; mas não disse nem poderia dizer, porque, se ela dissesse que essas empresas é que serão responsabilizadas, aí elas teriam que ser demandadas como litisconsortes necessários, mas ela não fez isso.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: —* Mas, pelas regras do sistema, são automaticamente responsáveis.

*O Ilmo. Sr. Advogado: —* Senhor presidente, só uma matéria factual que gostaria de colocar.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: —* Pois não.

*O Ilmo. Sr. Advogado: —* Bom, a questão do setor elétrico é bastante intrigada, mas, neste caso específico, foge um pouco à regra dos demais casos setoriais. Aqui nós temos uma ação judicial que foi fundamentada em uma cláusula do CCEAR, dos contratos celebrados com as distribuidoras. A inicial expressamente é fundamentada nesta cláusula. E mais: dentro de um leilão, dentro de uma concepção de geração hoje, no atual modelo setorial, o que dá substrato, o que traz a financiabilidade para o contrato de concessão são justamente os contratos de comercialização que são celebrados no ambiente regulado. É ele, o CCEAR, que traz o substrato para o próprio contrato de concessão. Então, não há que se falar de um contrato secundário ou meramente um contrato *pro forma*. Ele é um contrato hígido, é um ato jurídico perfeito, no qual dá toda a sustentabilidade para o próprio contrato de concessão. E, neste caso, é isto que eu queria alertar: existe inclusive um agravo de instrumento, em que se discute especificamente uma cláusula do CCEAR, não está nem discutindo a questão do contrato de concessão. Há uma discussão ao agravo decorrente da ação judicial, em que se discute uma cláusula do CCEAR, e não do contrato de concessão, por isso, volto a dizer, é um caso que foge um pouco à regra dos demais casos setoriais, por termos aqui um ato jurídico perfeito. Obrigado.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: —* Estou partindo do pressuposto, e, voltando ao meu exemplo, que, pelo menos, me simplifica a compreensão, uma

decisão judicial que eventualmente consagrasse a exclusão de um servidor que é responsável por uma pensão alimentícia, efetivamente não atrairia como litisconsorte passiva a ex-mulher, se ela especificamente não libera o servidor do pagamento da pensão. Se vossa excelência confirma que, expressamente dessa decisão, está sendo comprometido o patrimônio, eu falo: aí é evidente que o título jurídico, o título judicial atinge essas empresas. Eu estou partindo do pressuposto de que isso é uma consequência indireta e econômica, não que o título jurídico especificamente, ou seja, o juiz quando decidiu, não só decidiu com repercussão econômica específica contra a administração, mas também comprometeu o patrimônio específico dessas empresas. Voltando ao meu exemplo: a mulher eventualmente não compõe, porque ela vai poder ir ao Judiciário e dizer assim: ele vai me pagar a pensão alimentícia, não me importa de onde. Essas empresas iriam ao Judiciário e diriam assim: olha, que ele foi liberado lá em relação à administração, é problema da administração, eu não tenho nada a ver com isso; mas vossa excelência está dizendo, o título, o contrato administrativo que eventualmente está servindo como fundamento para essa decisão, entre as cláusulas dele, ele traz especificamente essa regra de que a concessionária não paga energia e quem paga são essas empresas?

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:* — As regras das instruções e da lei são as seguintes: se a concessionária não fornecer a energia, tem que comprar no mercado comum e entregar a energia para as distribuidoras, mas, se o atraso, alguma coisa, ele for liberado do atraso, quem tem que comprar no mercado comum é a distribuidora, e não a...

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:* — Só um esclarecimento, a título de melhor compreensão: a competência da Aneel é para aplicar multas, ela é um órgão que exerce a polícia administrativa nesse setor.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques:* — Senhor presidente, apenas uma chega ao voto de sua excelência o Desembargador Néviton. Até poucos meses atrás, nós não tínhamos essa ação, por exemplo, essa não, a do GSF, nós tínhamos essa de obra, por conta do atraso e geraria encargos como esses. Hoje nós temos as duas ações de naturezas distintas, que refletem no CCEE; amanhã poderá vir uma terceira, uma quarta ação, e a jurisprudência que poderá se formar hoje será a mesma para todos os casos. Qualquer matéria de direito que for discutida em que uma decisão judicial reflita na Câmara, e que vá ter o rateio ou provoque consequências nos contratos

de fornecimento ou a ida ao mercado para comprar energia fora, formará o litisconsórcio. Então, a minha preocupação vai além desse processo ou da natureza processual que está caracterizada nesse processo. Já temos uma outra, que é a do GSF, que tem a mesma consequência, em que uma decisão reflete nas outras, e amanhã poderemos ter mais. Então, é só um alerta que faço, que, da forma como essa ação existe, já existe uma outra categoria de ação, poderá haver uma terceira categoria de ação, e a decisão que vai ser tomada hoje, terá que ser tomada em todos os casos. E, sempre que houver esse reflexo, haveria formação do litisconsórcio obrigatório. Então, é apenas para fazer uma chega a mais ao que já tinha dito.

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:* — Vou completar aqui, a Aneel aplica multa, no caso de as empresas não cumprirem os seus contratos com as distribuidoras; se a produtora de energia não cumpre contrato com a distribuidora, ela está sujeita à multa da Aneel. Então, o efeito dessa ação da Jirair contra a Aneel é só esse de suspender, evitar sofrer multas pelo eventual não cumprimento do contrato em razão desse atraso.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:* — Mas autoriza também a entrega a menor.

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:* — A entrega, apesar de, perante a Aneel, ela estar isenta com a decisão favorável, isenta das multas, e isenta da orientação que a Aneel passa à CCEE nas liquidações, ela continua responsável pelo fornecimento da energia. Está se formando apenas uma tese jurídica aí, no sentido de que ela não teria responsabilidade, porque o atraso foi por motivo de força maior, vamos supor; está se formando uma tese jurídica nesse sentido. Amanhã, demandada pelas distribuidoras ela vai dizer: olha, já tem até uma decisão judicial.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Acho meio difícil, até porque, com a ideia da força maior, evidentemente a concessionária não pode ser responsável, mas também não podem ser responsáveis aqueles que sofrerão as consequências disso, e que não foram discutidas.

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:* — Até acredito que, se firmar transitado em julgado uma decisão judicial dizendo que há motivo de força maior, não acredito que Aneel vá repassar isso, vá mesmo assim orientar a CCEE para poder jogar essa responsabilidade.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Bom, de qualquer maneira, de onde parto, se ela fizer isso, essas empresas poderão vir ao Judiciário.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:* — Não, Desembargador João Batista, essa transferência é automática, porque tem crédito, tem débito; se não tem crédito, não tem como fechar o débito.

*O Ilmo. Sr. Advogado:* — Só um aparte também, para uma questão de fato.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:* — Olha, vai ser o último pronunciamento, senão não vamos poder mais julgar.

*O Ilmo. Sr. Advogado:* — Perfeito. Sou advogado da usina de Jirau, e a ação de origem, proposta lá no Juízo de Rondônia, teve como causa de pedir a cláusula do contrato de concessão firmado entre a usina de Jirau e a Aneel, através do Ministério de Minas e Energia, em que consta uma cláusula de excludente de responsabilidade, na hipótese de ocorrência de caso fortuito ou de força maior no decorrer da execução das obras, no decorrer da execução da usina. Então, valendo-se dessa cláusula, foi que propusemos uma medida cautelar de produção antecipada de provas, a fim de que se verificasse judicialmente, através de uma perícia, o alcance desse atraso, e, segundo, já na ação principal, que se verificasse, se confirmasse a hipótese dessas cláusulas de excludência. O que foi confirmado, no âmbito jurídico por parte do magistrado e no decorrer da produção de prova, na fase pericial, foi constatado que, de fato, o atraso foi alheio à responsabilidade da usina de Jirau. E por que ajuizamos essa ação? Ajuizamos essa ação porque, no âmbito administrativo, a Aneel havia negado esse pleito. Quando postulamos administrativamente, também o fizemos com base nessa cláusula do nosso contrato de concessão, que tem como parte apenas a Aneel e o Ministério de Minas e Energia. Então, essa é a primeira questão fática que gostaria de destacar, e a segunda, ainda envolvendo a matéria da decadência, o principal fundamento para que houvesse a rejeição da tese da decadência foi o de que as distribuidoras teriam sido comunicadas e tomaram conhecimento apenas da sentença, apenas após a prolação da sentença. O que destacamos, inclusive nos memoriais e no agravo regimental, é que, quando foi proferida medida liminar, lá atrás, em outubro de 2013, contra, enfim, fazendo com que a usina se abstinhasse de entregar energia que ela não podia produzir, houve uma comunicação, uma reunião extraordinária por parte da CCEE — a Reunião de número 695 — na qual ela determinou o envio de comunicação a todas as distribuidoras acerca da suspensão do registro dos CCEARs realizados pela CCEE, em atendimento à decisão judicial, ou seja, já era de conhecimento das distribuidoras, desde novembro

de 2013, a respeito da existência dessa ação e da liminar em nosso favor — primeira questão. Segundo, uma delas propôs uma suspensão de liminar perante a presidência do TRF, que foi extinta; duas delas, no processo administrativo em que postulávamos a excludência de responsabilidade, também pediram a intervenção nesses processos, o que foi rejeitado pela Aneel, ou seja, era de amplo conhecimento e ciência da parte delas a existência dessa ação, da liminar, e os efeitos das liminares proferidas em nosso favor foram e são sentidos por elas desde novembro de 2013. Então, são essas as questões fáticas que gostaria de aclarar.

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira:* — Como essas empresas não são partes no processo, elas virão com suas ações individuais.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — É isso que entendo, acho que dessa não tiro as consequências inevitáveis, até porque aí eu teria que concordar com sua excelência o relator, Desembargador Jirair, que esse título judicial, que essa decisão judicial vincule essas empresas. Ela vincula a Aneel, vincula a administração, mas não vincula... Está claro que eventualmente confirmada essa sentença em relação à Aneel, a concessionária está sendo excluída da responsabilização por esses quinhentos dias. A sentença não tocou nem poderia tocar — se me provarem o contrário, automaticamente mudo meu voto —, não tocou no ponto de quem é que será responsabilizado por esse prejuízo, porque, se ela dissesse expressamente que são as empresas da associação, evidentemente que isso formaria o litisconsórcio passivo.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques:* — E não há como, para o atraso de uma obra, por exemplo, outras concessionárias serem responsabilizadas. Essa responsabilização, que é trazida como sendo responsabilidade, é exatamente a ausência de energia, do fornecimento, porque, se fui obrigado em razão disso, da multa, a fornecer mais energia, todos fizeram pactos e contratos de fornecimento baseados naquele fornecimento. Se uma sentença judicial vem e diz: agora você pode fechar três ou quatro comportas — por via oblíqua, que a sentença não vai dizer isso —; mas, se você não está mais obrigado àquele fornecimento de energia, isso impacta no mercado. E alguns contratos não vão ser adimplidos, e vão ter que comprar um outro, buscar fora do mercado. Em resumo, qualquer decisão judicial nesse setor vai impactar em terceiro, e não é por isso que elas têm legitimidade para discutir o fundo de direito daquela ação, porque a ação, volto a dizer, diz respeito ao atraso de quinhentos dias. Qual é

a legitimidade que esses terceiros têm de discutir essa matéria? Nenhuma. Eles vão discutir os efeitos de uma decisão aí, administrativamente, quando ela existir, que tudo está num mundo fenomênico.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Uma vez confirmada a decisão judicial, a administração vai ter que tomar providência.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques:* — Ela vai ser notificada e vai dizer: olha, você não tem mais energia para isso, você tem que ir ao mercado de curto prazo para comprar. São consequências outras da decisão que, a partir do nascimento no mundo jurídico, com aqueles atos administrativos, podem ser rechaçadas através de ações individuais, mas, a meu sentir, peço vênica pelos exageros, não consigo verificar

o interesse jurídico dessas concessionárias para discutir o atraso da obra, da construção de Jirau e Belo Monte. Quem tem a responsabilidade pelo atraso da obra — o que eu, como UHE terceira, tenho a ver com isso? A não ser que possa ser responsabilizada e não posso; pelo atraso, não. Vou sentir as consequências da decisão, lá na frente, através de decisões administrativas, que podem ser afastadas através das ações autônomas. É isso que estou tentando dizer.

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Em resumo, bem rápido, até porque já tomei tempo demais de vossas excelências, assumindo agora os acréscimos do Desembargador Kassio e do Desembargador João Batista, senhor presidente, peço licença para acompanhá-los.

## Quarta Seção

Numeração única: 0040928-18.2006.4.01.0000

Agravo Regimental em Embargos à Execução 2006.01.00.040461-3/MG

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado  
 Embargante: Fazenda Nacional  
 Procuradora: Dra. Isabela Guedes Dantas  
 Embargados: Auto Mecânica Pinóquio Ltda. e outros  
 Advogados: Dra. Gabriela Macedo Ribeiro e outros  
 Publicação: e-DJF1 de 1º/03/2016, p. 280

## Ementa

*Processual Civil. Agravo regimental. Decisão monocrática que acolheu em parte impugnação ao cumprimento de acórdão proferido em ação rescisória. Execução de verba honorária da sucumbência fixada em cinco salários-mínimos. Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Adoção das diretrizes. Provimento do regimental.*

I. Tendo sido fixada em múltiplos do salário-mínimo a verba honorária objeto da execução subjacente, calcula-se o valor devido convertendo-se o salário-mínimo em moeda corrente na data da decisão judicial que os arbitrou, corrigindo-se o resultado pelos indexadores das correções monetárias em geral, conforme as diretrizes prescritas no Capítulo 4, item 4.1.4 e subitem 4.1.4.4, do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Presidência do Conselho da Justiça Federal.

II. Agravo regimental a que se dá provimento para, julgando-se procedente a impugnação ao cumprimento do acórdão proferido no julgamento da AR 95.01.27424-1/DF, determinar sejam calculados os honorários advocatícios excutidos convertendo-se o salário-mínimo em moeda corrente na data da decisão judicial que os arbitrou, corrigindo-se o resultado pelos indexadores das correções monetárias em geral.

## Acórdão

Decide a Seção, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental.

4ª Seção do TRF 1ª Região – 17/02/2016.

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado:*  
— Trata-se de agravo regimental, com pedido de reconsideração, oposto pela União (Fazenda Nacional) contra a decisão monocrática exarada pela então Juíza Federal Gilda Sigmaringa Seixas, convocada pela relatoria do então Desembargador Reynaldo Fonseca, a quem sucedi na Presidência desta Quarta Seção, na qual aquela magistrada, acolhendo em parte a impugnação oposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS ao cumprimento de acórdão de procedência de pedido rescisório deduzido por Auto Mecânica Pinóquio Ltda. e outros, determinou fosse calculado o objeto da execução — honorários advocatícios da sucumbência fixados em 5 (cinco) salários-mínimos —

*[...] com base no valor do salário-mínimo vigente à época da execução, multiplicado por cinco, excluindo-se, assim, a aplicação de qualquer índice de correção monetária. (fls. 243-245.)*

A agravante sustenta que a decisão impugnada, ao determinar a utilização do salário-mínimo no valor vigente à época da execução do julgado, colide com a orientação prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal e ofende o disposto no art. 7º, IV, *in fine*, da Constituição Federal, que veda a vinculação do salário-mínimo para qualquer finalidade. Requer seja reconsiderada a decisão agravada ou, se assim não for, que seja o regimental submetido à Seção para que seja provido.

Conquanto devidamente intimados (fls. 261-263), os embargados não ofereceram resposta (certidão fl. 264).

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado:* — A decisão agravada tem o seguinte teor:

Cuida-se de embargos à execução (atual impugnação ao cumprimento de acórdão) de fls. 131/138 oposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, oriunda de Ação Rescisória n. 95.01.27424-1/DF, proposta por AUTO MECANICA

PINOQUIO LTDA e outros, julgada procedente por esta Corte, para desconstituir o julgado proferido na AMS n. 93.01.01047-0/MG e condenar o INSS no pagamento de honorários advocatícios fixados em 5 (cinco) salários mínimos.

Intimado para pagar os honorários de advogado, nos termos da memória discriminada do cálculo apresentada à fl. 187, por AUTO MECANICA PINOQUIO LTDA e outros, o INSS alegou excesso de execução, ao argumento de que o valor do salário mínimo consignado foi o da data da conta (trezentos reais) e, além disso, sobre tal valor foi aplicado correção monetária, incidindo bis in idem.

Afirma que o valor a ser utilizado é o salário mínimo vigente em 1996, época da condenação, qual seja R\$ 112,00 (cento e doze reais), aplicando-se, então, a correção monetária pelos índices oficiais.

Ao final, requer seja julgada procedente a impugnação, reconhecendo o excesso do cálculo de execução, sendo reduzido o valor devido a R\$ 1.127,02.

Em resposta, o embargado suscita preliminarmente a intempestividade da impugnação e, no mérito, alega que não seria justo nem lógico utilizar como parâmetro da condenação o valor do salário mínimo vigente à época do trânsito em julgado da sentença, uma vez que já decorreu longo prazo. Portanto, no seu entender, os honorários fixados em salários mínimos devem observar o valor vigente na época do pagamento.

À fl. 236, foi determinado o encaminhamento dos autos à Coordenadoria de Execução Judicial desta Corte, para que o valor dos honorários advocatícios fosse convertido e atualizado, utilizando-se o valor do salário mínimo à época, acrescido da correção monetária do período, a ser contada pelos índices do Manual de Cálculos do Conselho da Justiça Federal, o que foi realizado às fls. 238/239.

Consta, ainda, à fl. 240, determinação para que a Coordenadoria de Registro e Informações Processuais atuasse o feito como Petição.

É o relatório.

Decido.

O presente feito foi incluído para julgamento na pauta do dia 1º/9/2010. Por sugestão do Presidente da Seção, Desembargador Federal José Amílcar Machado, os autos foram retirados de pauta, para fins de decisão monocrática (art. 30 do RI/TRF-1ª Região).

Inicialmente, analiso a preliminar de intempestividade da impugnação, suscitada em sede de contrarrazões.

O mandado de citação do INSS para embargar a execução foi juntado aos autos em 9/01/2006, conforme informa a Certidão de fl. 191. No entanto, os prazos processuais foram suspensos a partir do dia 09/01/2006 até 2/03/2006, conforme o teor das Portarias/PRESI n. 600-09 de 05/01/2006 e 600-043

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria do Carmo Cardoso, Ângela Catão, Marcos Augusto de Sousa e Hercules Fajoses e a Exma. Sra. Juíza Federal Cristiane Pederzolli Rentzsch (convocada).



de 26/01/2006. Assim, é tempestiva a impugnação apresentada pelo INSS.

Preliminar afastada.

Também não há que se falar em impropriedade do embasamento legal utilizado pelo INSS, uma vez que o art. 741 do Código de Processo Civil (CPC) regulamenta os embargos opostos na execução contra a Fazenda Pública, exatamente o caso ora sob análise.

No mérito, a controvérsia estabelecida nestes autos lastreia-se, essencialmente, na determinação de qual salário mínimo deve ser utilizado como base para os cálculos de atualização, se o vigente à época da condenação ou do pagamento.

A decisão transitada em julgado condenou o INSS no pagamento dos honorários de advogado fixados em 5 (cinco) salários mínimos, não tendo o INSS se irrisignado no momento oportuno, constituindo-se ela, portanto, em título judicial válido e exigível.

Entendo que deve ser utilizado o salário mínimo vigente para se apurar o valor dos honorários a serem pagos, multiplicado por 5 e afastada a aplicação de qualquer índice de correção monetária.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM NUMERO DE SALÁRIOS-MÍNIMOS. HIPÓTESE DE ATUALIZAÇÃO NÃO CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO.

1. A liquidação se refere aos honorários que o apelante foi condenado a pagar aos apelados, verba esta que foi arbitrada em 1 e ½ salários mínimos, para o BACEN, e ½ salário-mínimo para a Minascaixa.

2. Vinculados os honorários ao valor do salário mínimo, não há que se falar em termo inicial de atualização, até porque não foi aplicado nenhum índice de correção monetária. Ora, para se apurar o valor do débito, basta multiplicar-se o valor do salário mínimo vigente por 1,5, para se chegar à quantia a que o BACEN faz jus, e dividir o valor do salário mínimo por 2, para se apurar o “quantum” que cabe à Minascaixa.

[...]

4. Sentença homologatória mantida.

5. Apelação improvida.

(AC n. 9401030189, Relator Juiz Ricardo Machado Rabelo (Conv.), DJ de 14/01/2002).

EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL LÍQUIDO, CERTO E EXEGÍVEL. INOCORRÊNCIA DE EXCESSO DE EXECUÇÃO.

1. Se o título executivo judicial condenou os embargantes no pagamento de verba de patrocínio arbitrada em um salário mínimo para

cada um, não se há falar em excesso de execução onde se visa a cobrança de tal valor, nem

muito menos em inexigibilidade do título, sentença judicial transitada em julgado.

2. Pretensão que, em verdade, intenta inadmissível reforma, na fase de execução, da sentença exequenda, para ver reduzido o valor dos honorários advocatícios a que os embargantes foram condenados.

3. Recurso de apelação a que se nega provimento.

(AC 1998.01.00.060798-8/DF, Rel. Juiz Carlos Moreira Alves, Segunda Turma, DJ p.28 de 21/06/2001)

No âmbito desta Seção, vale a pena conferir o seguinte julgado recente:

AÇÃO RESCISÓRIA. PEDIDO PROCEDENTE. EXECUÇÃO DA SUCUMBÊNCIA. EMBARGOS DO DEVEDOR. ERRO MATERIAL NO JULGADO EXEQUENDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM CINCO SALÁRIOS MÍNIMOS SOBRE O VALOR DA CAUSA. SUMULA 201 DO STJ.

1. É possível a correção de erro material no julgado exequendo, em sede de embargos à execução, visto que não transita em julgado.

2. Incide em erro material dispositivo que condena a parte vencida em pagar honorários de “cinco salários mínimos sobre o valor da causa”, por impossibilidade lógica da sua execução. Erro que se corrige tão-somente para estabelecer a condenação em cinco salários mínimos, com exclusão da expressão “sobre o valor da causa”. *Julgado anterior à Súmula 201 do STJ que vedou a utilização do salário mínimo como parâmetro para a sucumbência.*

3. Improcedência do pedido deduzido nos embargos à execução. Grifei.

(AR 94.01.25271-8/DF, Rel. Juiz Federal Osmane Antonio Dos Santos (conv.), Quarta Seção, e-DJF1 p.36 de 08/09/2009).

Com tais considerações, acolho, em parte, a impugnação à execução, para determinar que os honorários de advogado sejam calculados com base no valor do salário mínimo vigente à época da execução, multiplicado por cinco, excluindo-se, assim, a aplicação de qualquer índice de correção monetária (art. 557, §1º do CPC).

Sem honorários (CPC, art. 21).

Int. Dil. Legais.

Após o trânsito em julgado desta decisão, retornem os autos à Vice-Presidência desta Corte, para prosseguir com a execução.

O inconformismo da Fazenda Nacional tem procedência.

De fato, conforme o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado nos termos da Resolução 134/2010, com as alterações promovidas pela Resolução 267/2013, ambas oriundas da Presidência do Conselho da Justiça Federal, os honorários fixados em múltiplos do salário-

mínimo (em que pese a vedação expressa no verbete 201 da súmula do Superior Tribunal de Justiça), tal como na demanda subjacente, devem ser assim calculados:

CAPÍTULO 4 – LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.

[...]

4.1.4 HONORÁRIOS

4.1.4.4 FIXADOS EM MÚLTIPLOS DO SALÁRIO MÍNIMO

*Converte-se o salário-mínimo em moeda corrente na data da decisão judicial que os arbitrou – o inciso IV do art. 7º da Constituição Federal veda sua utilização como indexador da correção monetária – e corrige-se pelos indexadores das correções monetárias em geral, conforme o Capítulo 4, item 4.2.1.*

Os juros de mora serão contados a partir da citação no processo de execução, quando houver, ou do fim do prazo do art. 475-J do CPC,

observando-se as taxas indicadas no item 4.2.2 do capítulo 4.

São estas, portanto, as diretrizes a serem observadas na atualização do montante executido.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental da Fazenda Nacional para, julgando procedente a impugnação ao cumprimento do acórdão (fls. 194-196) proferido no julgamento da AR 95.01.27424-1/DF, determinar sejam calculados os honorários advocatícios executidos convertendo-se o salário-mínimo em moeda corrente na data da decisão judicial que os arbitrou, corrigindo-se o resultado pelos indexadores das correções monetárias em geral, nos termos prescritos no Capítulo 4, item 4.1.4 e subitem 4.1.4.4, do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

É como voto.

## Quarta Seção

### Ação Rescisória 0070581-21.2013.4.01.0000/BA

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão  
 Autora: Fazenda Nacional  
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler  
 Réus: Nestlé Brasil Ltda. e outros  
 Advogados: Dr. Waldir Luiz Braga e outros  
 Publicado: e-DJF1 de 1º/03/2016, p. 286

## Ementa

*Ação rescisória. Via processual excepcional. Sucedâneo recursal. Impossibilidade. Honorários advocatícios. Irrisoriidade ou exorbitância. Ausência de violação ao direito objetivo. Precedentes do STJ. Improcedência da ação.*

I. A ação rescisória não se presta à simples correção de suposta injustiça do *decisum* rescindendo ou sequer para abrir nova instância recursal, visando ao reexame das provas ou do entendimento jurídico firmado originariamente e não impugnado oportunamente, pelas vias próprias para tanto.

II. A questão relativa à condenação em honorários na proporção de 10% sobre o valor a ser compensado foi expressamente analisada pelo relator Desembargador Souza Prudente quando do julgamento do recurso de apelação e reexame necessário: “Vê-se, pois, que o pedido, além de desacompanhado das razões em que se ampara, não indica qual seria a ‘parcela mínima’, nem demonstra o suposto excesso do valor arbitrado, na medida em que esse restou atrelado ao valor da compensação, cujo montante ainda não se conhece, do que resulta sua inadmissibilidade, por descumprimento da regra do art. 514, II, do CPC.”

III. O simples fato de a parte-autora, após liquidação do julgado, entender que o montante alcançado a título de honorários advocatícios é excessivo (aproximadamente R\$800.000,00 — oitocentos mil reais) não autoriza o ajuizamento da ação rescisória com a finalidade única e exclusiva de sucedâneo recursal, suprimindo a ausência de recurso voluntário em face do acórdão proferido, o que deveria ter sido feito a tempo e modo nos autos da ação tributária originária, pela via processual adequada.

IV. “Não cabe ação rescisória para discutir a irrisoriidade ou a exorbitância de verba honorária. Apesar de ser permitido o conhecimento de recurso especial para discutir o quantum fixado a título de verba honorária quando exorbitante ou irrisório, na ação rescisória essa excepcionalidade não é possível já que nem mesmo a

injustiça manifesta pode ensejá-la se não houver violação ao direito objetivo. Interpretação que prestigia o caráter excepcionalíssimo da ação rescisória e os valores constitucionais a que visa proteger (efetividade da prestação jurisdicional, segurança jurídica e estabilidade da coisa julgada - art. 5º, XXXVI, da CF/88)". Precedentes do STJ.

V. Ação rescisória improcedente.

## Acórdão

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

4ª Seção do TRF 1ª Região – 17/02/2016.

Desembargadora Federal *Ângela Catão*, relatora.

## Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão:* — Trata-se de ação rescisória ajuizada pela Fazenda Nacional em que figuram como réus Nestlé Brasil Ltda. e outros.

Pretende a autora a rescisão do julgado proferido nos autos da Ação de Repetição de Indébito 2002.33.01.001096-4 ajuizada originariamente perante o Juízo da Subseção Judiciária de Ilhéus/BA e posteriormente redistribuída ao Juízo Federal da Subseção Judiciária de Itabuna/BA, sob a nova numeração 2006.33.11.001648-0/BA.

Ajuíza a presente ação rescisória buscando exclusivamente a rescisão do julgado no que se refere à condenação em honorários advocatícios.

Às fls. 260-261 foi proferida decisão determinando a suspensão do cumprimento do julgado até julgamento da ação rescisória.

Pedido de reconsideração indeferido, conforme decisão de fl. 403, da lavra do Juiz Federal convocado Rafael Paulo Soares Pinto.

Após regular instrução do feito, sobreveio parecer do Ministério Público Federal (fls. 452-458) pela improcedência da ação.

É o relatório.

## Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Ângela Catão:* — Da leitura da peça inicial, vê-se que a autora pretende rescindir o julgado exclusivamente na parte que diz respeito à condenação em honorários advocatícios.

Relata que foi proferida sentença condenando-a ao pagamento de honorários de sucumbência na proporção de 10% (dez por cento) do valor a ser

compensado. A matéria de fundo da ação ordinária principal diz respeito à inconstitucionalidade já declarada pelo STF dos Decretos-Leis 2.445 e 2.449 que tratam da contribuição para o PIS.

Informa que foi interposto recurso de apelação contra a sentença proferida, tendo este TRF negado provimento à apelação e à remessa oficial, transitando em julgado o acórdão em 17/11/2011, em razão da ausência de recurso voluntário, "iniciando-se daí o prazo *recursal* para a propositura da presente ação rescisória" (fl. 6 - grifei).

Note-se que a própria parte-autora esclarece que o acórdão que ora busca rescindir apenas transitou em julgado porque "*a União não apresentou recurso*" (fl. 6), tratando como "*prazo recursal*" o prazo para ajuizamento da presente ação rescisória.

Ora! Ignora a parte-autora que as hipóteses de cabimento da ação rescisória são aquelas expressamente enumeradas na legislação processual.

Consabido que a ação rescisória não é a via processual adequada para modificação do mérito do julgado, em face de eventual inconformidade da parte que se sente prejudicada com o posicionamento adotado pelo julgador. Não se presta, tampouco, à integração do julgado, com a definição dos contornos da coisa julgada, cuja discussão deve ser levada a efeito quando da respectiva execução.

A ação rescisória não se presta, ainda, conforme pretende a parte-autora, à simples correção de suposta injustiça do *decisum* rescindendo ou sequer para abrir nova instância recursal, visando ao reexame das provas ou do entendimento jurídico firmado originariamente e não impugnado oportunamente, pelas vias próprias para tanto.

Frise-se que a questão relativa à condenação em honorários na proporção de 10% sobre o valor a ser compensado foi expressamente analisada pelo relator Desembargador Souza Prudente quando

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Marcos Augusto de Sousa, Hercules Fajoses, José Amílcar Machado e Maria do Carmo Cardoso e a Exma. Sra. Juíza Federal Cristiane Pederzoli Rentsch (convocada).

do julgamento do recurso de apelação e reexame necessário. Veja-se (fls. 206-207):

[...]

De igual forma, no tocante à verba honorária, também não merece sequer ser conhecida a pretensão recursal, tendo em vista que, no particular, a recorrente sequer demonstrou as razões em que se ampara o seu pleito.

Com efeito, da leitura da peça recursal em referência, constata-se que a recorrente postulou, pura e simplesmente, que “o valor da condenação em honorários deve ser reduzido à parcela mínima, considerando que se trata de matéria pacificada nos tribunais, sendo a verba de 10% excessiva” (fls. 174).

Vê-se, pois, que o pedido, além de desacompanhado das razões em que se ampara, não indica qual seria a “parcela mínima”, nem demonstra o suposto excesso do valor arbitrado, na medida em que esse restou atrelado ao valor da compensação, cujo montante ainda não se conhece, do que resulta sua inadmissibilidade, por descumprimento da regra do art. 514, II, do CPC. (Grifei)

O simples fato de a parte-autora, após liquidação do julgado, entender que o montante alcançado a título de honorários advocatícios é excessivo (aproximadamente R\$ 800.000,00 — oitocentos mil reais) não autoriza o ajuizamento da ação rescisória com a finalidade única e exclusiva de sucedâneo recursal, suprimindo a ausência de recurso voluntário em face do acórdão proferido, o que deferiria ter sido feito a tempo e modo nos autos da ação tributária originária, pela via processual adequada.

Dessa forma, a improcedência da ação é medida que se impõe.

Não é diferente o entendimento firmado pelo Ministério Público Federal por meio do parecer juntado às fls. 452-458, da lavra do Procurador Regional da República Paulo Queiroz, cujos fundamentos adoto, ainda, como razões para decidir, *in verbis*:

[...]

Temos que o pedido deve ser julgado improcedente.

Isso porque o não cabimento da Ação Rescisória por violação a literal dispositivo de lei (art. 485, V, do CPC) é questão preliminar que se confunde com o próprio mérito (objeto, pedido) da demanda, e é neste sentido que a causa deve ser apreciada.

Assim, têm razão os réus sobre a utilização da presente Ação Rescisória para simples reexame de mérito da decisão, porquanto o que se discute é a apreciação da justeza no acórdão referente ao percentual arbitrado para verba honorária.

Vê-se, portanto, que a autora está a propor a presente ação como sucedâneo recursal, haja vista que procura revisar, exclusivamente, questão já discutida no acórdão rescindendo [...]

Dessa forma, nota-se que o autor, no momento oportuno (apelação), não apresentou as razões de fato e de direito aqui alegadas. Essa, no entanto, não é uma das hipóteses de cabimento de ação rescisória prevista no art. 485 do CPC.

Ademais, não cabe ação rescisória cujo objeto seja exclusivamente a revisão do percentual dos honorários advocatícios, em especial quando esses foram estipulados em percentual previsto em lei. Nesse sentido são os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Não cabe ação rescisória para discutir a irrisoriedade ou a exorbitância de verba honorária. Apesar de ser permitido o conhecimento de recurso especial para discutir o quantum fixado a título de verba honorária quando exorbitante ou irrisório, na ação rescisória essa excepcionalidade não é possível já que nem mesmo a injustiça manifesta pode ensejá-la se não houver violação ao direito objetivo. Interpretação que prestigia o caráter excepcionalíssimo da ação rescisória e os valores constitucionais a que visa proteger (efetividade da prestação jurisdicional, segurança jurídica e estabilidade da coisa julgada - art. 5º, XXXVI, da CF/88).

[...]

(REsp 1217321/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 18/03/2013)

[...]

Não cabe, pois, a Ação Rescisória, seja porque não existe violação à literal disposição da lei, seja porque ela não se presta a simples reexame do mérito, como se uma nova apelação fosse, eternizando a solução da lide.

[...] (Grifos no original)

Isso posto, *julgo improcedente* a presente ação rescisória e condeno a Fazenda Nacional ao pagamento de honorários advocatícios, nesta ação, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor dos honorários executados originariamente (no montante aproximado de R\$ 800.000,00 — oitocentos mil reais), ora impugnados pela via rescisória.

*Casso a decisão que determinou a suspensão da execução*, determinando a urgente comunicação do teor deste julgado ao juízo de origem, a fim de que *a execução tenha imediato seguimento*, independentemente da interposição de quaisquer recursos nestes autos.

É o meu voto.

## Primeira Turma

Numeração única: 0035475-27.2006.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2006.34.00.036486-3/DF

Relator: Juiz Federal Régis de Souza Araújo (convocado)  
 Apelante: Associação Nacional dos Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental – Anesp  
 Advogados: Dra. Ana Maria Vaz de Oliveira e outros  
 Apelante: União Federal  
 Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas  
 Apelados: os mesmos  
 Remetente: Juízo Federal da 22ª vara – DF  
 Publicação: e-DJF1 de 03/03/2016, p. 45

### Ementa

*Constitucional. Administrativo. Servidor público. Estágio probatório. EC 19/1998. Prazo de três anos. Aplicação imediata.*

I. A restrição constante na sentença no sentido de limitar sua eficácia apenas aos filiados domiciliados no Distrito Federal, com base no art. 2º, *a*, da Lei 9.494/1997, não encontra amparo na jurisprudência desta Corte: *PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRESCRIÇÃO (RE N. 566.621/RS). NÃO INCIDÊNCIA SOBRE VALORES PAGOS A TÍTULO DE AVISO PRÉVIO INDENIZADO E RESPECTIVO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. INCIDÊNCIA LÍDIMA. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE. LEGITIMIDADE. [...]* 3. O sindicato/associação regularmente constituído e autorizado pelo seu estatuto detém legitimidade para postular em juízo em nome de seus filiados/associados, na qualidade de substituto processual, independentemente de autorização expressa ou relação nominal dos substituídos. (Neste sentido: AC n. 2010.36.00.004645-5/MT, rel. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (Conv.), 8ª Turma do TRF da 1ª Região, e-DJF1 de 20/06/2014, pág. 256). 4. “No que se refere ao artigo 2º-A da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, introduzido pela Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que é norma de natureza processual e tem aplicação imediata, alcançando os processos em curso, ao estabelecer que a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos de seus associados, abrangerá apenas aqueles que tenham, na data da propositura da demanda, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator, vale ressaltar que tal dispositivo, para ser compatível com a ordem constitucional, não tem aplicação quando se cuide de ações propostas contra a União Federal, como ocorre na hipótese em questão, na medida em que o artigo 109, parágrafo 2º, da Carta Constitucional, assegura ao Sindicato-autor, independentemente do local de domicílio dos substituídos, opção pelo foro da Seção Judiciária do Distrito Federal” (AC n. 2001.34.00.015767-7/DF, relatora Juíza Federal Sônia Diniz Viana, Primeira Turma, e-DJF1, p. 19, de 13/01/2009). [...] (AMS 0026234-87.2010.4.01.3400 / DF, rel. Desembargador Federal José Amílcar Machado, Sétima Turma, e-DJF1, p. 7.010, de 27/03/2015)

II. Seguindo a orientação constante no julgado acima, não merece amparo a preliminar de ilegitimidade levantada pela União, até porque, ao contrário do que argumenta, há nos autos, às fls. 17-18, expressa autorização da assembleia para propositura da presente ação.

III. No que se refere ao mérito da demanda, quanto ao prazo do estágio probatório após a edição da EC 19/1998, a matéria já se encontra pacificada no sentido da aplicação dos três anos também previstos para a estabilidade. Nesse sentido: *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. APLICAÇÃO IMEDIATA DA EC 19/98. INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL. PRAZO. TRÊS ANOS.* 1. “A nova norma constitucional do art. 41 é imediatamente aplicável. Logo, as legislações estatutárias que previam prazo inferior a três anos para o estágio probatório restaram em desconformidade com o comando constitucional. Isso porque, não há como se dissociar o prazo do estágio probatório do prazo da estabilidade” (STF, STA 290, Presidência, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão em 25/11/2008. Publicada no DJE 231, de 03/12/2008. Trânsito em julgado em 03/02/2009.) 2. O novo regime jurídico-constitucional é plenamente aplicável aos servidores ingressos no serviço público após o advento da Emenda Constitucional n. 19/98, uma vez que o curso do prazo do estágio probatório e



da estabilidade teve início após a mudança do regime. 3. Apelação da União e remessa oficial providas. (AC 0023852-97.2005.4.01.3400/DF, rel. Desembargador Federal Candido Moraes, Segunda Turma, e-DJF1, p. 195, de 07/10/2014.)

IV. Apelo do autor provido, no que se refere à limitação da eficácia do julgado. Afastada a preliminar de ilegitimidade ativa. Parcial provimento ao recurso da União, para julgar improcedente o pedido.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à apelação do autor, e dar parcial provimento ao recurso da União.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 16/12/2015.

Juiz Federal *Régis de Souza Araújo*, relator convocado.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Régis de Souza Araújo: —* Trata-se de apelações interpostas em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido da associação autora para afastar os efeitos do parecer da AGU e assim manteve o estágio probatório dos associados em 24 meses, nos termos do art. 20 da Lei 8.112/1990.

Razões recursais do autor às fls. 178-185, impugnada a limitação da eficácia da sentença aos associados do Distrito Federal.

A União, às fls. 189-201, sustentou a ilegitimidade da associação autora, bem como defendeu a aplicação imediata do prazo previsto na EC 19/1998.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Régis de Souza Araújo: —* Inicialmente, verifico que assiste razão à associação autora quando busca afastar a restrição constante na sentença no sentido de limitar sua eficácia apenas aos filiados domiciliados no Distrito Federal, com base no art. 2º, *a*, da Lei 9.494/1997. Com efeito, a tese encontra amparo na jurisprudência desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRESCRIÇÃO (RE N. 566.621/RS). NÃO INCIDÊNCIA SOBRE VALORES PAGOS A TÍTULO DE AVISO PRÉVIO INDENIZADO E RESPECTIVO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. INCIDÊNCIA LÍDIMA. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE. LEGITIMIDADE. [...] 3. O sindicato/associação regularmente constituído e autorizado pelo seu estatuto detém legitimidade

para postular em juízo em nome de seus filiados/ associados, na qualidade de substituto processual, independentemente de autorização expressa ou relação nominal dos substituídos. (Neste sentido: AC n. 2010.36.00.004645-5/MT, Rel. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (Conv.), 8ª Turma do TRF da 1ª Região, e-DJF1 de 20/06/2014, pág. 256). 4. “No que se refere ao artigo 2º-A da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, introduzido pela Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que é norma de natureza processual e tem aplicação imediata, alcançando os processos em curso, ao estabelecer que a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos de seus associados, abrangerá apenas aqueles que tenham, na data da propositura da demanda, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator, vale ressaltar que tal dispositivo, para ser compatível com a ordem constitucional, não tem aplicação quando se cuide de ações propostas contra a União Federal, como ocorre na hipótese em questão, na medida em que o artigo 109, parágrafo 2º, da Carta Constitucional, assegura ao Sindicato-autor, independentemente do local de domicílio dos substituídos, opção pelo foro da Seção Judiciária do Distrito Federal” (AC n. 2001.34.00.015767-7/DF, Relatora Juíza Federal Sônia Diniz Viana, Primeira Turma, e-DJF1, p. 19, de 13/01/2009). [...] (AMS 0026234-87.2010.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ AMILCAR MACHADO, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.7010 de 27/03/2015)

Seguindo a orientação constante no julgado acima, não merece amparo a preliminar de ilegitimidade levantada pela União, até porque, ao contrário do que argumenta, há nos autos, às fls. 17-18, expressa autorização da assembleia para propositura da presente ação.

No que se refere ao mérito da demanda, quanto ao prazo do estágio probatório após a edição da EC 19/1998, a matéria já se encontra pacificada no sentido da aplicação dos três anos também previstos para a estabilidade. Nesse sentido:

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira e a Exma. Sra. Juíza Federal Raquel Soares Chiarelli (convocada).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. APLICAÇÃO IMEDIATA DA EC 19/98. INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL. PRAZO. TRÊS ANOS. 1. “A nova norma constitucional do art. 41 é imediatamente aplicável. Logo, as legislações estatutárias que previam prazo inferior a três anos para o estágio probatório restaram em desconformidade com o comando constitucional. Isso porque, não há como se dissociar o prazo do estágio probatório do prazo da estabilidade” (STF, STA 290, Presidência, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão em 25/11/2008. Publicada no DJE n. 231, de 03/12/2008. Trânsito em julgado em 03/02/2009.). 2. O novo regime jurídico-constitucional é plenamente aplicável aos servidores ingressos no serviço público após o advento da Emenda Constitucional n. 19/98, uma

vez que o curso do prazo do estágio probatório e da estabilidade teve início após a mudança do regime. 3. Apelação da União e remessa oficial providas. (AC 0023852-97.2005.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CANDIDO MORAES, SEGUNDA TURMA, e-DJF1 p.195 de 07/10/2014).

Ante o exposto, dou provimento ao apelo do autor no que se refere à limitação da eficácia do julgado; afasto a preliminar de ilegitimidade ativa e dou parcial provimento ao recurso da União, para julgar improcedente o pedido.

Honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) pela associação recorrida.

É o voto.

## Primeira Turma

### Apelação/Reexame Necessário 0042612-84.2011.4.01.3400/DF

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas  
 Apelante: Luiz Delfino Campos Júnior  
 Advogados: Dra. Maria Regina de Sousa Januário e outros  
 Apelante: União Federal  
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias  
 Apelados: os mesmos  
 Remetente: Juízo Federal da 14ª Vara – DF  
 Publicação: e-DJF1 de 06/04/2016, p.189

## Ementa

*Administrativo. Militar temporário. Licenciamento ilegal. Incapacidade para o serviço militar. Lei 6.880/1980. Laudo pericial. Acidente em serviço. Relação de causa e efeito. Existência. Direito à reforma no grau hierárquico que o autor ocupava, à indenização por danos morais e à isenção do Imposto de Renda. Ajuda de custo indevida. Tutela antecipada para afastar o cumprimento de expediente militar.*

I. A reforma do militar temporário, não estável, é devida nas seguintes condições: a) por incapacidade total (invalidez – para todo e qualquer trabalho), ainda que sem nexo casual entre o trabalho e a incapacidade; b) por incapacidade para o serviço militar (parcial – somente para o serviço militar, que exige condições físicas perfeitas), se decorrente de uma das doenças especificadas no art. 108, IV; ou c) *por incapacidade para o serviço militar (parcial – somente para o serviço militar), se houver nexo causal entre o serviço e a incapacidade.*

II. Na hipótese dos autos, o autor, incorporado às fileiras do Exército em 06/03/2003 e licenciado em 11/08/2010, sofreu três acidentes em serviço, em 26/07/2006 (contusões no ombro direito), 05/08/2008 e 28/05/2009 (lesão no joelho), resultando dos dois últimos incapacidade definitiva para o serviço militar, conforme atestado pelo perito judicial, que afastou a ocorrência de invalidez e reconheceu o nexo causal entre os acidentes e a incapacidade.

III. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal já pacificou o entendimento de que o militar temporário, declarado incapaz para o serviço militar, tem direito à reforma *ex officio* no mesmo grau hierárquico que ocupava na ativa, nos termos dos arts. 106, item II, e 108, item III, c/c o art. 109 da Lei 6.880/1980.

IV. A não concessão da reforma *ex officio*, diante da incapacidade definitiva para serviço ativo das Forças Armadas (Lei 6.880/1980, art. 106, II), no caso concreto, implicou em configuração de danos morais, em virtude

da angústia pela incerteza quanto aos meios de garantir a subsistência experimentado pelo militar, devendo ser concedida a indenização no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

V. Nos termos do art. 6º e respectivo inciso XIV da Lei 7.713/1988, com a redação dada pela Lei 11.052/2004 “*ficam isentos do imposto de renda os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço*”.

VI. A ajuda de custo é condicionada ao afastamento do militar de sua sede, tendo como objeto o custeio das despesas de locomoção e instalação, com exceção de transporte, nas movimentações fora da sua sede. O seu pagamento depende, portanto, da comprovação do deslocamento do servidor militar em relação a sua sede, seja para fins de prestação do serviço militar, seja em razão de sua transferência para a reserva remunerada. A legislação permite que o militar, ao passar para a inatividade, escolha o local de fixação de sua residência, podendo vir a receber a vantagem em questão, caso fixe residência em local diverso de sua sede, o que não ficou comprovado nos autos, conforme bem fundamentado pela sentença recorrida.

VII. No que diz respeito aos critérios de pagamento de juros moratórios e de correção monetária, deve ser observado o Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21/12/2010, e alterado pela Resolução/CJF 267, de 02/12/2013, o qual já prevê a aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009, em conformidade com a declaração parcial de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4.357/DF.

VIII. Presentes os requisitos exigidos no art. 273 do CPC, fica assegurada a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pleiteada, incidentalmente, para dispensar o autor do cumprimento do expediente militar.

IX. Em face da sucumbência mínima do autor, deve a União suportar, por inteiro, o pagamento dos honorários advocatícios (CPC, art. 21, parágrafo único), majorados para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, em consonância com a jurisprudência desta Turma, em casos similares.

X. Apelação do autor parcialmente provida, para reformar, em parte, a sentença e condenar a União a lhe pagar indenização por danos morais, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), reconhecer o direito do militar à isenção do Imposto de Renda e majorar a verba honorária para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

XI. Apelação da União parcialmente provida, para adequar os juros e correção monetária (VII).

XII. Remessa oficial não provida.

## Acórdão

Decide a Turma, à unanimidade, dar parcial provimento aos recursos do autor e da União, e negar provimento à remessa oficial.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 02/12/2015.

Desembargadora Federal *Gilda Sigmaringa Seixas*, relatora.

## Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas:*  
— Trata-se de remessa oficial e recursos de apelação interpostos pelo autor e pela União, contra a sentença proferida pelo Juízo Federal da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que julgou, parcialmente, procedente o pedido inicial, para condenar a ré a reformar o autor, *ex officio*, a partir da data de seu licenciamento (05/03/2009), com a percepção de soldo correspondente à graduação que ocupava na atividade e o pagamento dos soldos atrasados, em relação ao período entre a data de licenciamento e a prolação da decisão que deferiu a tutela antecipada. Correção monetária e juros de mora de 1% (um por cento) ao

mês, estes a partir da citação. Honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Em suas razões recursais, a União requer a revisão do julgado, sob o fundamento de que o posicionamento adotado pelo juízo de primeiro grau é contrário à legislação sobre o assunto e à jurisprudência atual. Ressalta que se trata de militar temporário, não acometido de invalidez total e definitiva, o que afasta o direito à reforma. Pede a aplicação de juros e correção monetária, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a alteração produzida pela Lei 11.960/2009, bem como a redução da verba honorária para R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Por sua vez, o autor requereu a concessão de tutela recursal, para que seja mantido na condição

de adido/agregado, desobrigado do cumprimento do expediente da unidade militar. Pugnou pela reforma da sentença, para que seja reconhecido o seu direito à reforma com proventos integrais da graduação hierárquica superior à que ocupava na ativa (Lei 6.880/1980, art. 110, §§1º e 2º), bem como a sua condição de militar estável (Lei 6.880/1980, art. 50, IV, a). Além disso, insiste na isenção do Imposto de Renda, além do pagamento de ajuda de custo de transferência para a inatividade (MP 2.215-10/2001) e indenização por danos morais.

Contrarrrazões apresentadas, subiram os autos para este Tribunal.

É o relatório.

### Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas:*  
— A questão em discussão versa sobre o direito de militar temporário à reincorporação ao Exército, na condição de adido ou reformado. Além disso, há pedido de reparação de danos morais, pagamento de ajuda de custo e isenção de Imposto de Renda.

#### *Do militar temporário*

O militar temporário é aquele que permanece na ativa por prazo determinado e enquanto for da conveniência do administrador. Destina-se a completar as Armas e Quadros de Oficiais e as diversas Qualificações Militares de Praças (Lei 6.391/1976, art. 3º, II).

Importa considerar que o término do tempo de serviço do militar temporário implica o licenciamento quando, a critério da Administração, não houver conveniência na permanência daquele servidor nos quadros do Exército, não havendo sequer exigência de motivação da decisão, nos termos do art. 121, inciso II e § 3º, da Lei 6.880/1980 (Estatuto dos Militares).

Ainda, de acordo com o referido estatuto, a estabilidade é direito assegurado aos praças com dez anos ou mais de serviço efetivo, nos termos do art. 50, inciso IV, alínea a. No entanto, antes de alcançada, o militar não estável poderá ser licenciado do serviço ativo *ex officio*, sem direito a qualquer remuneração posterior.

Vê-se, portanto, que a concessão de prorrogação do tempo de serviço ao militar é ato discricionário da Administração do Exército.

#### *Do direito à reforma*

Sobre a reforma do militar, assim dispõe a Lei 6.880/1980:

Art. 104. A passagem do militar à situação de inatividade, mediante reforma, se efetua:

- I - a pedido; e
- II - ex officio .

Art. 105. A reforma a pedido, exclusivamente aplicada aos membros do Magistério Militar; se o dispuser a legislação específica da respectiva Força, somente poderá ser concedida àquele que contar mais de 30 (trinta) anos de serviço, dos quais 10 (dez), no mínimo, de tempo de Magistério Militar.

Art. 106. A reforma ex officio será aplicada ao militar que:

I - atingir as seguintes idades-limite de permanência na reserva:

- a) para Oficial-General, 68 (sessenta e oito) anos;
- b) para Oficial Superior, inclusive membros do Magistério Militar, 64 (sessenta e quatro) anos;
- c) para Capitão-Tenente, Capitão e oficial subalterno, 60 (sessenta) anos; e
- d) para Praças, 56 (cinquenta e seis) anos.

II - for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas;

III - estiver agregado por mais de 2 (dois) anos por ter sido julgado incapaz, temporariamente, mediante homologação de Junta Superior de Saúde, ainda que se trate de moléstia curável;

IV - for condenado à pena de reforma prevista no Código Penal Militar, por sentença transitada em julgado;

V - sendo oficial, a tiver determinada em julgado do Superior Tribunal Militar, efetuado em consequência de Conselho de Justificação a que foi submetido; e

VI - sendo Guarda-Marinha, Aspirante-a-Oficial ou praça com estabilidade assegurada, for para tal indicado, ao Ministro respectivo, em julgamento de Conselho de Disciplina.

Parágrafo único. O militar reformado na forma do item V ou VI só poderá readquirir a situação militar anterior:

- a) no caso do item V, por outra sentença do Superior Tribunal Militar e nas condições nela estabelecidas; e
- b) no caso do item VI, por decisão do Ministro respectivo.

Art. 107. Anualmente, no mês de fevereiro, o órgão competente da Marinha, do Exército e da Aeronáutica organizará a relação dos militares, inclusive membros do Magistério Militar, que houverem atingido a idade-limite de permanência na reserva, a fim de serem reformados.

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Carlos Augusto Pires Brandão e Márcio Barbosa Maia (convocados).

Parágrafo único. A situação de inatividade do militar da reserva remunerada, quando reformado por limite de idade, não sofre solução de continuidade, exceto quanto às condições de mobilização.

Art. 108. A incapacidade definitiva pode sobrevir em consequência de:

I - ferimento recebido em campanha ou na manutenção da ordem pública;

II - enfermidade contraída em campanha ou na manutenção da ordem pública, ou enfermidade cuja causa eficiente decorra de uma dessas situações;

III - acidente em serviço;

IV - doença, moléstia ou enfermidade adquirida em tempo de paz, com relação de causa e efeito a condições inerentes ao serviço;

V - tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave e outras moléstias que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada; e

V - tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave e outras moléstias que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada; e (Redação dada pela Lei nº 12.670, de 2012)

VI - acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço.

§ 1º Os casos de que tratam os itens I, II, III e IV serão provados por atestado de origem, inquérito sanitário de origem ou ficha de evacuação, sendo os termos do acidente, baixa ao hospital, papeleta de tratamento nas enfermarias e hospitais, e os registros de baixa utilizados como meios subsidiários para esclarecer a situação.

§ 2º Os militares julgados incapazes por um dos motivos constantes do item V deste artigo somente poderão ser reformados após a homologação, por Junta Superior de Saúde, da inspeção de saúde que concluiu pela incapacidade definitiva, obedecida à regulamentação específica de cada Força Singular.

Art. 109. O militar da ativa julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos itens I, II, III, IV e V do artigo anterior será reformado com qualquer tempo de serviço.

Art. 110. O militar da ativa julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos itens I e II do artigo 108 será reformado com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuir na ativa.

Art. 110. O militar da ativa ou da reserva remunerada, julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos incisos I e II do art. 108, será reformado com a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuir ou que possuía na ativa, respectivamente. (Redação dada pela Lei nº 7.580, de 1986)

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo aos casos previstos nos itens III, IV e V do artigo 108, quando, verificada a incapacidade definitiva, for o militar considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho.

Como se vê, o militar temporário pode ser reformado: por incapacidade total para qualquer trabalho, ainda que sem nexos causal entre o trabalho e a incapacidade; b) por incapacidade para o serviço militar, se decorrente de uma das doenças especificadas no art. 108, IV; ou c) por incapacidade para o serviço militar, se houver nexos causal entre o serviço e a incapacidade.

O Estatuto dos Militares distingue, ainda, a "incapacidade definitiva" da "invalidez permanente para qualquer trabalho", impedindo a concessão da reforma com soldo de posto hierárquico imediato ao militar que, além de incapaz em definitivo, não se encontrar também inválido.

De se anotar que a invalidez não é condição para concessão da reforma, mas apenas para a concessão da reforma com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que o militar possuía na ativa.

De tal modo, sendo verificada a incapacidade definitiva para o serviço militar por qualquer dos motivos constantes dos itens I a V do art. 108, a Lei 6.880/1980 determina que seja concedida a reforma, nos termos nela delineados.

No caso concreto, os documentos que instruem os autos revelam que o autor foi incorporado às fileiras do Exército em 6 de março de 2003, e que sofreu três acidentes em serviço, em 26/07/2006, 05/08/2008 e 28/05/2009, respectivamente.

A dinâmica dos acidentes foi bem relatada pelo juiz sentenciante, nestes termos:

[...]

No caso dos autos, o Autor teria sofrido o primeiro acidente em serviço, em 26 de julho de 2006, apresentando contusões no ombro direito, tendo sido aberta Sindicância (Portaria nº 051, de 9 de agosto de 2007) que apurou não ser possível 'constatar a existência de relação de causa e efeito entre a doença alegada pelo 3º Sgt LUIZ DELFINO CAMPOS JÚNIOR e as atividades inerentes ao serviço militar' (fls. 231).



Em 05 de agosto de 2008, o Autor sofreu novo acidente (fls. 237), desta vez machucando o joelho direito, instalando-se nova Sindicância (Portaria nº 074, de 29 de agosto de 2007) na qual se concluiu que o acidente foi ato de serviço (fls. 300), o que acabou resultando na realização de procedimento cirúrgico em 30 de setembro daquele ano. Da Sindicância realizada pelo Exército ficou decidido 'que o acidente sofrido foi em serviço, pois ocorreu em área militar, no exercício de suas atribuições funcionais e no cumprimento de ordem emanada de autoridade competente...' (fls. 107).

Sucedeu, então, o licenciamento do Autor em 5 de março de 2009, por ter sido considerado 'Incapaz B' (Ata de fls. 156), e, em sede de recurso, após nova perícia médica, foi considerado Apto para o Serviço do Exército (fls. 112), sendo, assim, reintegrado ao Exército.

Por fim, o Autor sofreu novo acidente em serviço (o terceiro) em 28 de maio de 2009, tendo-se decidido, em nova Sindicância (Portaria nº 005, de 12 de fevereiro de 2010), que o 'o acidente sofrido foi em serviço' (fls. 119). Após várias dispensas médicas, passou à condição de adido em 20 de agosto de 2009 (fls. 115).

Após a realização de nova perícia médica, o Autor foi considerado 'incapaz B', sendo, por isso, desligado do Exército (fls. 122 e Ata de fls. 159). E nessa condição, foi enquadrado no inciso III do art. 108, ou seja, a incapacidade teria decorrido de acidente em serviço (fls. 123).

Em resumo, o Autor sofreu três acidentes em serviço, sendo que no primeiro teve contusões no ombro direito, cuja Sindicância realizada concluiu por não haver relação de causa e efeito entre as contusões apresentadas e o serviço do Exército (Relatório de fls. 226/7). Por outro lado, nos outros dois acidentes em que se envolveu o Autor, concluiu o Exército, nos relatórios de fls. 296-7 e fls. 332-3, que houve, de fato, acidente em serviço. (Fls. 1041/1043)

Por outro lado, o perito designado por este juízo concluiu que:

[...] O Periciando sofreu 2 acidentes durante as atividades militares, marcha, que faz parte do programa de treinamento militar;

Considerei acidente de trabalho e não acidente pessoal;

Foi avaliado com diagnóstico de Lesão do LCA no joelho direito, operado dentro da técnica recomendada pela Literatura Médica Mundial;

8 meses após o primeiro tratamento cirúrgico, sofreu outro acidente, entorse durante marcha apresentando re-ruptura do LCA no joelho direito sendo re-operado com enxerto retirado do tendão patelar do joelho esquerdo, conduta técnica correta, submetendo-se a nova reabilitação;

As duas intervenções cirúrgicas foram necessárias para o paciente, mesmo apresentando

problemas traumáticos e cicatriciais com evolução de alteração degenerativa próprias do caso;

Quanto a evolução está dentro dos parâmetros normais - com joelho estável e sem limitação funcional. Apresenta dor patelo femural pelo comprometimento cirúrgico na retirada dos enxertos para reconstrução do ligamento, seqüela prevista nesses casos

O periciado apresenta-se com peso acima do normal para a sua altura, necessitando manter o regime proposto pelo médico assistente;

Atividades esportivas: poderá continuar praticando natação, optar pela hidroginástica, academia sob orientação. Com a evolução do caso poderá ser liberado para outras atividades esportivas, após avaliação periódica (semestral) com seu médico assistente;

Atividades laborativas:

Dentro do contexto militar poderá exercer atividades administrativas na Bateria ou outro setor do quartel. Poderá ainda desenvolver atividades laborativas em outras empresas, aperfeiçoando-se para o mercado de trabalho pois é jovem com apenas 28 anos.

Para as demais atividades militares que necessitam atividade física regular e esforços físicos, o Periciando está incapacitado, tendo em vista a necessidade do Militar ter um preparo físico adequado para exercer médios e grandes esforços no desenvolvimento de suas atividades.

#### CONCLUSÃO

Concluo que o caso apresentou 2 episódios de Acidente de Trabalho com lesão do LCA - estabilizador do joelho direito. O Periciado foi submetido a tratamento cirúrgico dentro das normas padronizadas pela literatura médica especializada obteve boa evolução e poderá melhor ainda mais com emagrecimento e continuidade nas atividades esportivas que pode realizar.

Não há como considerá-lo inválido pois poderá desenvolver atividades administrativas, contudo, está incapacitado para atividades físicas com impacto, restrição para atividades físicas militares [...] (Fls. 909/910)

Desse modo, o laudo pericial atesta a incapacidade definitiva do autor para a atividade militar, mas afasta a condição de inválido. Além disso, o *expert* reconheceu que a incapacidade tem relação de causa e efeito com os acidentes ocorridos durante o serviço do Exército.

É notório que o ingresso no serviço público precede de rigorosa inspeção de saúde, sobretudo tratando-se de atividade militar, que, como é elementar, exige do interessado maior carga de esforço físico e mental, além de preparo psicológico que o resguarde

das provações e treinamentos severos aos quais é submetido.

No caso, ficou comprovado que a doença que acomete o autor se deu durante e em decorrência da prestação do serviço militar, fazendo ele jus à reforma, ainda que não houvesse relação da causa e efeito entre a doença e a atividade militar.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que o militar acometido de doença, moléstia ou enfermidade incapacitante, cuja eclosão se deu no período de prestação do serviço, faz jus à reforma, independentemente da existência de relação de causa e efeito entre a doença e a atividade desenvolvida, nos termos do art. 108, VI, c/c o 111, II, da Lei 6.880/80.

(REsp 886204/SC, 5ª Turma Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 07.02.2008).

ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. LICENCIAMENTO. ILEGALIDADE. ALIENAÇÃO MENTAL. ELEMENTOS PROBATORIOS. APARECIMENTO DA DOENÇA DURANTE A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MILITAR. REFORMA. LEI 6.880/80. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. Trata-se de ação ajuizada visando à reforma de ex-militar licenciado.

2. Caracterizada a perda do objeto quanto ao requerimento da União para que o processo seja baixado em diligência, pois a certidão de curatela de fl. 185, que nomeou definitivamente a genitora do Autor como curadora, confirmou a regularidade processual do autor.

3. O laudo pericial, de fls. 122/131, constata que não é possível determinar se a doença do Autor preexistia à data da incorporação. Porém, tendo em vista que o Exército realiza exames rigorosos para que sejam incorporados apenas aqueles candidatos que tenham plena capacidade física e mental, presume-se que o ex-militar estava apto quando foi incorporado. Conseqüentemente, conclui-se que o aparecimento da doença ocorreu durante a prestação do serviço militar.

4. O perito afirma que o Autor/apelado é portador de "CID – 10 sob os dígitos F 60.30 (Transtorno de Personalidade Emocionalmente Instável Tipo Impulsivo)" e que "o transtorno em questão afeta seu relacionamento interpessoal com reflexos negativos sobre a sua capacidade laborativa".

5. Consta no laudo que "no presente momento o paciente é portador de significativo prejuízo do funcionamento social e profissional(...)", não tendo condições de prover a própria subsistência.

6. Assim, tendo sido o Autor/apelado acometido pela doença mental durante a prestação

do serviço militar, é assegurado pela Lei 6.880/80 (arts. 104, 106 e 108) a sua reforma.

7. Precedentes: STJ, AGRESP - 512583, Processo: 200300486904/RS, 6ª Turma, Rel. Hamilton Carvalhido, DJ de 11/04/2005, p. 397; STJ, RESP - 527502, Processo: 200300769345/PE, 5ª Turma, Rel. Felix

Fischer, DJ de 01/09/2003, p. 321; TRF-1ª Região, AC 1998.34.00.032783-3/DF, 2ª Turma, Rel. Juíza Federal Hind Ghassan Kayath (conv.), DJ de 09/02/2006, p. 21; TRF-1ª Região, AC 1997.01.00.064160-0/MG, 1ª Turma Suplementar, Rel. Juiz Manoel José Ferreira Nunes (conv.), DJ de 12/12/2002, p. 196.

[...].

10. Apelação e remessa oficial parcialmente providas, para julgar improcedente o pedido de auxílio-invalidez e reconhecer a reciprocidade da sucumbência.

(AC 2001.01.00.021738-0/MG, Rel. Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Conv. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista, Primeira Turma, DJ de 15/01/2007, p. 18)

Confira-se também, o seguinte aresto desta Corte:

ADMINISTRATIVO - MILITAR TEMPORÁRIO - LICENCIAMENTO - ILEGALIDADE - PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA - APARECIMENTO DA DOENÇA DURANTE A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MILITAR - REFORMA - LEI 6.880/80 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E HONORÁRIOS DO PERITO MÉDICO.

1. Para a concessão da reforma ex officio não se faz necessária que a incapacidade sobrevenha, necessariamente, em conseqüência de acidente ou doença com relação de causa e efeito com o serviço, sendo suficiente para caracterizar o nexo de causalidade que a doença tenha se manifestado durante a prestação do serviço militar, até porque, por força de lei, ao ingressar nas Forças Armadas, submeteu-se o militar a rigoroso exame de aptidão física, onde nada foi constatado, daí a presunção do liame causal entre a moléstia e o serviço militar. Inteligência do artigo 108 do Estatuto dos Militares. (STJ, REsp 279343, Data da decisão: 25.11.2003, Relator Hamilton Carvalhido).

2. Uma vez comprovada, através de perícia, que o militar é portador de doença mental (esquizofrenia indiferenciada), cuja eclosão ocorreu durante a prestação do serviço militar, tornando-o definitivamente incapaz para o serviço do Exército e, claro, também, para qualquer trabalho, mantém-se a sentença que mandou reformá-lo, nos termos dos arts 106, II, 108, V e VI, 109, e 110, parágrafo 1º e parágrafo 2º, "c" da Lei 6.880/80.

3. Honorários advocatícios fixados de acordo com os parâmetros estabelecidos no art. 20, do Código de Processo Civil.

4. Honorários do perito judicial fixados no montante de R\$ 300,00 (despacho de fl. 275).

5. Apelação da União e remessa oficial parcialmente providas.

(AC 0019811-90.2011.401.3800/MG, Rel. JUIZ FEDERAL MARK YSHIDA BRANDÃO, 1ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 de 15/02/2012, p. 99)

Assim, cumpre registrar, por fim, que não procede a alegação da União de que o militar só será reformado se estiver totalmente inválido para toda e qualquer atividade laborativa e não somente para as atividades militares.

Nesse contexto, confirmada a incapacidade definitiva do autor para o serviço militar, e a ausência de invalidez, afigura-se acertada a sentença, que condenou a União à reforma do militar, com proventos do grau hierárquico que ocupava quando na ativa (arts. 6º, II, 108, III e 109).

#### *Da indenização por danos morais*

Reconhecido o erro da Administração, que deveria ter reformado o autor, na forma acima explicitada, ao invés de desligá-lo do Exército, configura-se demonstrada a responsabilidade civil do Estado, em face da ação culposa de seus agentes, do resultado lesivo e do nexo de causalidade, a autorizar a reparação pretendida.

Sobre o resultado lesivo, é fácil imaginar a angústia suportada pelo militar durante o período em que viveu na incerteza quanto à solução administrativa de sua situação funcional e de saúde, com risco de comprometimento de seu sustento e de sua família.

Nesse entendimento, cito os seguintes arestos:

ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO E REFORMA. PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. GRAU HIERÁRQUICO. LEIS 6.880/80 E 7.670/88. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO.

1. Trata-se de pedido de indenização por danos materiais e morais com reengajamento e reforma imediata da parte autora, militar temporário, que alega que sofreu ato de discriminação quando sumariamente excluído do serviço militar ativo da Marinha, logo após resultado de exame de sangue que indicou ser portador do vírus HIV.

2. Consta dos autos que o autor prestou serviço militar inicial, com incorporação em 01/08/2011, na graduação de MN-RC, compondo a Turma II/2011; findo o serviço militar obrigatório, foi incluído em turma de primeiro reengajamento, com direito de promoção à graduação de MN-RM2, contando antiguidade a partir de 1º de agosto de 2012, de acordo com a Portaria n. 214, de 27/07/2012;

que em 14/08/2012 foi excluído do Serviço Ativo da Marinha, de acordo com a Portaria n. 239, de 14 de agosto de 2012, com seus efeitos retroativos a 27/07/2012, conforme informação prestada pela Marinha do Brasil, no ofício 320/CFAT-MB.

3. A questão posta a exame não é nova e já está consolidada na jurisprudência desta Corte, no sentido de que o portador de HIV assintomático deve ser considerado apto para o serviço militar e, não, reformado. Lado outro, sendo percebido ou entendido pelo superior hierárquico condição específica que incapacite o militar definitiva e restrita ao serviço militar, é devida a reforma com remuneração referente ao mesmo grau hierárquico que ocupa, nos termos do art. 109 da Lei n. 6.880/80.

4. Destaca-se da jurisprudência mencionada que “a Lei 7.670/88, que estendeu aos portadores de HIV diversos benefícios, não distingue o militar de carreira do militar temporário, refere-se apenas “ao militar” que, no caso, se submete ao comando dos arts. 108 inciso V, e 109 do Estatuto dos Militares, que tratam da reforma em caso de incapacidade definitiva para o serviço” (AC 0004587-63.2006.4.01.3501 / GO, Rel. JUÍZA FEDERAL ANAMARIA REYS RESENDE (CONV.), SEGUNDA TURMA, e-DJF1 p.644 de 22/06/2009).

5. No que se refere à graduação, o autor deve ser transferido para a reserva recebendo os vencimentos do MN-RM2 porque corresponde à graduação imediatamente superior a que ocupava na ativa. (Precedentes do STJ).

6. Quanto ao pedido de indenização por danos (material e moral), a sentença não merece reparos. Não há como se afastar a constatação de erro administrativo no ato que simplesmente ignorou a legislação de regência. No momento em que constatou que antes da publicação da Portaria de reengajamento o autor não preenchia o requisito condição física para permanecer na caserna deveria transferir o militar para a reserva e não tê-lo excluído das fileiras da Marinha do Brasil.

7. Mantida a condenação no pagamento de danos materiais no valor de R\$ 210,00 comprovados com alimentação e transporte de regresso prematuro à cidade de origem, bem como a indenização de danos morais no importe de R\$ 10.000,00 que correspondem à aproximadamente 12 prestações mensais futuras, frustradas pelo desligamento repentino das fileiras das Forças Armadas.

8. Honorários de sucumbência não devidos, conforme precedente da Súmula 421 do STJ.

9. Apelação da União e remessa oficial, tida por interposta, desprovidas.

10. Apelação da parte autora parcialmente provida desprovida para determinar que o autor faz jus à reforma na graduação MN-RM2, com efeitos financeiros e administrativo retroativos a 27/07/2012.

(AC 0006767-70.2012.4.01.4300/TO - TRF1 -Segunda Turma - Rel. Conv. Des. Federal Cleberson José Rocha - Julg. em 25/02/2015).

ADMINISTRATIVO. MILITAR. REFORMA REMUNERADA. DOENÇA DEGENERATIVA. INCAPACIDADE COMPROVADA. PERÍCIA MÉDICA OFICIAL. REFORMA “EX OFFICIO”. NÃO CONCESSÃO. DANOS MORAIS CABÍVEIS. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. AUSÊNCIA DE AUMENTO OU EXTENSÃO DE VANTAGENS.

1. O militar federal faz jus à reforma remunerada desde a data em que foi desincorporado das fileiras do Exército Brasileiro (13.06.2000), eis que, de acordo com a perícia médica oficial, já se encontrava inválido e sem meios de prover sua subsistência desde setembro de 1998, por ser portador da doença degenerativa denominada “Charcot Marie Tooth”.  
2. A não concessão da reforma “ex officio”, diante da incapacidade definitiva para serviço ativo das Forças Armadas (Lei 6.880/80, art. 106, II), no caso concreto, implicou em configuração de danos morais, em virtude da angústia pela incerteza quanto aos meios de garantir a subsistência experimentado pelo militar, devendo ser mantida a indenização fixada no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

3. A decisão que antecipou a tutela jurisdicional e determinou a reforma não acarretou aumento ou extensão de vantagens ao militar, sendo inaplicáveis à presente hipótese as disposições do art. 2º-B da Lei n. 9.494/97 (“A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagem a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado”). Precedente do STJ.

4. Apelação e remessa oficial não providas.

(AC nº 0010755-21.2005.4.01.3500/GO - TRF/1ª Região - Primeira Turma - Rel. Convocado MIGUEL ANGELO DE ALVARENGA LOPES - Julg. em 26/01/2011)

Para a fixação do *quantum* da indenização por danos morais, além de se considerar a gravidade do dano, deve-se levar em conta que a indenização deve reduzir o sofrimento suportado, por meio de uma compensação financeira, e reprimir a prática de condutas que geram danos de tal natureza.

Sob essa ótica, considero que o prejuízo suportado pelo autor, em razão do equívoco do Estado, deve corresponder a montante que não atente à condição sócioeconômica do autor, de forma a não ser excessivo, para não constituir enriquecimento ilícito; mas, também, não seja módico, de modo que sirva como medida preventiva e pedagógica para a Administração.

Nesse contexto, considero adequado o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a reparação moral.

#### *Da isenção do Imposto de Renda*

Acerca do tema, assim dispõe o art. 6º e respectivo inciso XIV da Lei 7.713/1988, com a redação dada pela Lei 11.052/2004:

Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

[...]

XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma [...] – grifei.

O dispositivo citado não deixa dúvidas quanto ao direito à isenção do aposentado ou reformado, por acidente em serviço, à isenção do Imposto de Renda, caso do autor, que, portanto, faz jus à benesse fiscal.

#### *Da ajuda de custo para a inatividade remunerada*

A ajuda de custo é condicionada ao afastamento do militar de sua sede, tendo como objeto o custeio das despesas de locomoção e instalação, com exceção de transporte, nas movimentações fora da sua sede.

O pagamento da ajuda de custo depende, portanto, da comprovação do deslocamento do servidor militar em relação a sua sede, seja para fins de prestação do serviço militar, seja em razão de sua transferência para a reserva remunerada.

A legislação permite que o militar, ao passar para a inatividade, escolha o local de fixação de sua residência, podendo vir a receber a vantagem em questão, caso fixe residência em local diverso de sua sede, o que não ficou comprovado nos autos, conforme bem fundamentado pela sentença ora recorrida.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MILITAR. TRANSFERÊNCIA PARA A INATIVIDADE. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO DE AJUDA DE CUSTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DESLOCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DESCONTO. INTEGRALIDADE DOS PROVENTOS. ILEGALIDADE E ABUSIVIDADE. EMPRÉSTIMO. DANO MATERIAL. INDENIZAÇÃO.

POSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

1.A ajuda de custo é direito pecuniário devido ao militar que se afastar de sua sede, por ocasião de sua transferência para a inatividade ou em razão de serviço, para custeio das despesas de locomoção e instalação, estando condicionada ao afastamento do militar de sua sede, o que não ocorreu na hipótese.  
2.Eventuais descontos devem respeitar o limite de 30% (trinta por cento) da remuneração, considerando a sua impenhorabilidade, dado que o desconto integral inviabiliza a própria sobrevivência do autor e o sustento de sua família.

3.O desconto integral da remuneração do autor nos meses de novembro e dezembro de 1999 (fls. 144/151), promovido pelo Comandante do 61º BIS, a fim de restituir ao erário parte dos valores indevidamente recebidos, constitui ato ilegal e abusivo, eis que o desconto limita-se a 30% em face dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aliados à natureza alimentar da remuneração.

4.O dano é a própria privação a qual se submeteu o autor e sua família, ante a ausência de qualquer renda para a quitação de suas obrigações mais elementares, tendo que se valer de empréstimos.  
5.Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

(AC 0031580-68.2000.4.01.3400/DF - TRF1 - Primeira Turma - Rel. Des. Federal Angela Catão - Julg. em 06/12/2012).

Assim, afigura-se indevido o pagamento de ajuda de custo.

#### *Correção monetária e juros*

No que diz respeito aos critérios de pagamento de juros moratórios e de correção monetária, deve ser observado o Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21/12/2010, e alterado pela Resolução/CJF 267, de 02/12/2013, o qual já prevê a aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009, em conformidade com a declaração parcial de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4.357/DF.

#### *Da verba honorária*

Em face da sucumbência mínima do autor, deve a União suportar, por inteiro, o pagamento dos honorários advocatícios (CPC, art. 21, parágrafo único), majorados para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, em consonância com a jurisprudência desta Turma, em casos similares.

#### *Da dispensa do cumprimento de expediente militar*

O autor foi reintegrado ao Exército, na condição de adido, por força da antecipação dos efeitos da tutela concedida pelo juízo de primeiro grau. Além disso, resta atestada a sua incapacidade definitiva para o serviço militar.

Nesse quadro fático, não deve o autor ser obrigado ao cumprimento de expediente, conforme entendimento deste Tribunal, que ora colaciono:

[...] 3. Nos termos do artigo 3º, XV, do Decreto 2.040/1996, a vinculação do militar à organização respectiva (OM), na condição de adido, não impõe a integração efetiva às atividades dela. Precedentes desta Corte. 4. Confirmação da ordem, a qual foi deferida “para determinar que a autoridade impetrada se abstenha de aplicar qualquer penalidade disciplinar ao paciente em face da recusa de cumprir o expediente da Unidade Militar, bem como em razão de ter impetrado habeas corpus no STM”. ( RCHC 200638030020214, DJ DATA:21/09/2007 PAGINA:33, JUIZ FEDERAL LEÃO APARECIDO ALVES (CONV.), TERCEIRA TURMA)

Isso posto, dou parcial provimento da apelação do autor, para reformar, em parte, a sentença, e condenar a União a lhe pagar indenização por danos morais, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), reconhecer o direito do militar à isenção do Imposto de Renda e majorar a verba honorária para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Apelação da União parcialmente provida para adequar os juros e correção monetária, nos termos acima explicitados. Remessa oficial parcialmente provida, para condenar cada parte a arcar com os honorários de seus advogados, em face da sucumbência recíproca.

Presentes os requisitos exigidos no art. 273 do CPC, fica assegurada a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pleiteada, incidentalmente, para dispensar o autor do cumprimento de expediente militar.

*É como voto.*



## Segunda Turma

### Apelação/Reexame Necessário 0003501-48.2010.4.01.3200/AM

Relator: Desembargador Federal João Luiz de Sousa  
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Apelado: Izolmar Terco Vieira  
Advogada: Dra. Adalgiza Radoyka Simão de Queiroz  
Remetente: Juízo Federal da 3ª Vara – AM  
Publicação: e-DJF1 de 10/03/2016, p. 864

### Ementa

*Previdenciário. Aposentadoria por tempo de contribuição. Reconhecimento de tempo de serviço especial. Atividade profissional: estivador. Exposição do segurado acima dos limites legais. Arts. 57 e 58 da Lei 8.213/1991. Preenchimento dos requisitos legais. Benefício devido. Consectários legais.*

I. O cômputo do tempo de serviço deverá observar a legislação vigente à época da prestação laboral, tal como disposto no § 1º, art. 70 do Decreto 3.048/1999, com redação do Decreto 4.827/2003.

II. Quanto ao uso de equipamento de proteção individual ou coletiva pelo segurado, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário ARE 664.335, com repercussão geral reconhecida, decidiu, em relação ao agente físico *ruído*, que a utilização de EPI (protetores auriculares) não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria, eis que a potência do som “*causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas*”. (ARE 664335, rel. Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno – STF, julgado em 04/12/2014, DJe-029 de 12/02/2015), conclusão esta que se afigura ainda mais acertada com relação à exposição elétrica, dada a sua maior gravosidade.

III. A jurisprudência mais recente do STJ permite a conversão do tempo de serviço especial em comum, inclusive após 28/05/1998 (REsp 956110/SP). Por outro lado, em se tratando de conversão do tempo de serviço comum em especial, para fins de concessão do benefício de aposentadoria especial, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo do art. 543-C do CPC, decidiu que “*para que o segurado faça jus à conversão de tempo de serviço comum em especial, é necessário que ele tenha reunido os requisitos para o benefício pretendido antes da Lei n. 9.032/1995, de 28/4/1995, independentemente do momento em que foi prestado o serviço.*” (EDcl no REsp 1.310.034/PR, rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 26/11/2014, DJe 02/02/2015.)

IV. Na hipótese, as cópias da CTPS (fls. 74-75) e do laudo técnico de fls. 21-42 indicam que o autor exerceu a atividade profissional de estivador. A profissão de estivador deve ser considerada atividade especial, por enquadramento de categoria profissional (Decreto 53.831/1964, código 2.5.6, e Decreto 83.080/1979, código 2.4.5), cuja sujeição a agentes nocivos é presumida até a Lei 9.032/1995 (AC 0047672-80.2003.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Ângela Catão, 1ª Turma, e-DJF1 19/08/2013, p. 723), e esteve exposto, nos demais períodos, de forma habitual e permanente, a agente nocivo (calor) em nível superior aos limites legais de tolerância aplicáveis à época, razão pela qual devem ser reconhecidos como de labor especial os períodos de 26/07/1977 a 28/04/1995 e 1º/07/1997 e 23/04/1998. Portanto, após a conversão do tempo de serviço especial em comum, com aplicação do fator 1.4, o autor atingiu mais de 35 anos de contribuição, fazendo jus ao benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição desde a data do requerimento administrativo (20/08/2007).

V. A correção monetária e os juros de mora seguirão as regras estabelecidas no Manual de Cálculos do Conselho da Justiça Federal.

VI. Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% das prestações vencidas até a prolação da sentença de procedência, ou do acórdão que reforma o comando de improcedência da pretensão vestibular. Fixada a verba honorária em sentido diverso e não havendo interposição de recurso da parte interessada, deve ser mantida a condenação nos termos da r. sentença.

VII. Apelação do INSS desprovida e remessa oficial parcialmente provida tão somente para ajustar os consectários legais.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação do INSS e dar parcial provimento à remessa oficial.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 02/03/2016.

Desembargador Federal *João Luiz de Sousa*, relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Luiz de Sousa: —* Trata-se de ação ajuizada em desfavor do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, para fins de obtenção de benefício previdenciário de aposentadoria especial.

Citado, o INSS apresentou resposta, por meio da qual destacou a necessidade de comprovação efetiva de exposição habitual e permanente ao agente nocivo à saúde, por todo o lapso temporal requestado.

A sentença julgou procedente o pedido formulado na inicial, condenando o réu a conceder o benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição, a partir da data do requerimento administrativo, acrescido de correção monetária sobre as verbas em atraso, juros de mora, bem assim os correspondentes honorários advocatícios.

Nas razões de recurso, a autarquia federal reiterou os argumentos expendidos na peça defensiva, pugnando, destarte, pela reforma da sentença, destacando que o agente energia elétrica não está previsto como ensejador do benefício da aposentadoria especial. Alegou, ainda, que a utilização dos equipamentos de proteção fornecidos pelo empregador afasta o caráter insalubre do trabalho exposto a agente nocivo.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal João Luiz de Sousa: —* O cerne da controvérsia trazida à análise concerne à aferição do alegado direito da parte-autora ao benefício previdenciário de aposentadoria especial, com efeitos retroativos à data do requerimento administrativo.

Nos termos dos arts. 57 e 58 da Lei 8.213/1991, a aposentadoria especial é devida ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem sua saúde ou sua integridade física durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

Neste diapasão, o segurado deverá comprovar o tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais, com exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais.

Cumpre destacar que a consideração do tempo de serviço como especial deve ser feita de acordo com a legislação vigente à época da prestação do serviço, e não da data em que perfeitas todas as condições para a aposentadoria, tal como disposto no § 1º, art. 70 do Decreto 3.048/1999, com redação do Decreto 4.827/2003.

Esse é o entendimento consagrado por esta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA ESPECIAL. CONCESSÃO. RECONHECIMENTO DE TEMPO LABORADO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. CALOR. POEIRA DE SÍLICA. RUÍDO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. EPI. CÔMPUTO DO TEMPO EM GOZO DO BENEFÍCIO AUXÍLIO-DOENÇA COMO ESPECIAL. EC 20/98. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

1.A questão de atribuição de efeito suspensivo ao recurso resta prejudicada, uma vez que não concedido até esta data, não há utilidade na sua apreciação neste momento processual, uma vez que não cabe recurso com efeito suspensivo a partir deste julgado.

2. O cômputo do tempo de serviço prestado em condições especiais deve observar a legislação vigente à época da prestação laboral, tal como disposto no § 1º do art. 70 do Decreto nº 3.048/99, com redação dada pelo Decreto nº 4.827/03.

3.O impetrante exercia atividade de operador de lingotamento em indústria metalúrgica, categoria profissional que estava inserida no código 2.5.1 do Quadro Anexo II do Decreto nº 83.080/79, sendo

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Francisco Neves da Cunha e o Exmo. Sr. Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado).

considerada de natureza insalubre por presunção legal até o advento da Lei 9.532/95.

4. Os formulários acostados aos autos comprovaram ainda a exposição do impetrante ao agente agressivo calor em uma intensidade acima dos limites de tolerância estabelecidos no código 1.1.1 do quadro anexo do Decreto nº 53.831/64 e pela NR-15 da Portaria nº 3.214/78, nos termos do código 2.0.4 dos Decretos nº 2.172/97 e nº 3.048/98, além da exposição ao agente poeira de sílica, com enquadramento no código 1.2.10, do Quadro anexo do Decreto 53.831/64 e no código 2.3.1, Anexo II, do Decreto nº 83.080/79.

5. Considera-se especial a atividade exercida com exposição a ruídos superiores a 80 decibéis até 05/03/97 (Súmula nº 29 da AGU), e, a partir de então, acima de 85 decibéis, desde que aferidos esses níveis de pressão sonora por meio de perícia técnica, trazida aos autos ou noticiada no preenchimento de formulário expedido pelo empregador.

6. Para configuração da especialidade da atividade, não é necessário que o trabalhador permaneça exposto ao nível máximo de ruído aludido na legislação durante toda a sua jornada de trabalho.

7. A utilização de equipamentos de proteção individual não descaracteriza a atividade prestada sob condições especiais, pois seu uso não significa que estejam erradicadas as condições adversas que justificam a contagem de tempo de maneira específica, prestando-se tão somente a amenizar ou reduzir os danos delas decorrentes.

8. O período em gozo do benefício previdenciário de auxílio-doença, deve ser computado como tempo especial, tendo em vista que antes e depois da concessão do benefício, o impetrante laborou em condições especiais.

9. O segurado que implementou o tempo de contribuição necessário para obtenção da aposentadoria integral ou especial não se submete às regras de transição.

10. Apelação desprovida. Remessa oficial, tida por interposta, parcialmente provida.

(Numeração Única: 0004403-44.2006.4.01.3813; AMS 2006.38.13.004409-3 / MG; APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA; Relator JUIZ FEDERAL GUILHERME MENDONÇA DOEHLER; Órgão 3ª TURMA SUPLEMENTAR; Publicação 31/05/2012 e-DJF1 P. 254) Destaqueei

Em relação à época em que vigiam os Decretos 53.831/1964 e 83.080/1979, para a comprovação do efetivo trabalho em atividade tida como perigosa, insalubre ou penosa, bastava que a categoria profissional a que pertencia o trabalhador se enquadrasse no rol constante nos anexos que integravam referidos diplomas, ressalvada a hipótese referente ao agente insalubre “ruído”, que sempre exigiu laudo pericial.

Na sequência, a Lei 9.032/1995, publicada em 29/04/1995, passou a exigir a demonstração da especialidade da atividade, através dos formulários SB-40 e DSS 8030, o que persistiu até a edição da Medida Provisória 1.523/1996, de 14/10/1996, convertida na Lei 9.528/1997, de 11/12/1997, a partir de quando começou a ser exigida, obrigatoriamente, a comprovação da condição especial por meio de laudo técnico assinado por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

Nesse contexto, nas hipóteses de tempo de serviço prestado após 29/04/1995, deve o trabalhador comprovar a exposição permanente, não ocasional nem intermitente aos agentes prejudiciais à saúde.

O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo do art. 543-C do CPC, decidiu que o fato de o Decreto 2.172/1997 não prever explicitamente o agente nocivo eletricidade não afasta o direito ao reconhecimento do tempo de serviço laborado sob essa condição de periculosidade após sua vigência, pois o rol ali contido não é exaustivo.

Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ATIVIDADE ESPECIAL. AGENTE ELETRICIDADE. SUPRESSÃO PELO DECRETO 2.172/1997 (ANEXO IV). ARTS. 57 E 58 DA LEI 8.213/1991. ROL DE ATIVIDADES E AGENTES NOCIVOS. CARÁTER EXEMPLIFICATIVO. AGENTES PREJUDICIAIS NÃO PREVISTOS. REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO. SUPORTE TÉCNICO MÉDICO E JURÍDICO. EXPOSIÇÃO PERMANENTE, NÃO OCASIONAL NEM INTERMITENTE (ART. 57, § 3º, DA LEI 8.213/1991).

1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela autarquia previdenciária com o escopo de prevalecer a tese de que a supressão do agente eletricidade do rol de agentes nocivos pelo Decreto 2.172/1997 (Anexo IV) culmina na impossibilidade de configuração como tempo especial (arts. 57 e 58 da Lei 8.213/1991) de tal hipótese a partir da vigência do citado ato normativo.

2. À luz da interpretação sistemática, as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o trabalho seja permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei 8.213/1991). Precedentes do STJ.

3. No caso concreto, o Tribunal de origem embasou-se em elementos técnicos (laudo pericial) e na legislação trabalhista para reputar como

especial o trabalho exercido pelo recorrido, por consequência da exposição habitual à eletricidade, o que está de acordo com o entendimento fixado pelo STJ.

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

(REsp 1306113/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/11/2012, DJe 07/03/2013)

Nesse diapasão, é de se concluir que a interpretação relativa ao agente nocivo eletricidade é extensível às demais atividades consideradas como prejudiciais ao trabalhador.

Com relação à conversão tempo de serviço especial em comum, a jurisprudência mais recente do STJ permite tal transmutação, inclusive após 28/05/1998 (REsp 956110/SP).

Por outro lado, em se tratando de conversão do tempo de serviço comum em especial, para fins de concessão do benefício de aposentadoria especial, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo do art. 543-C do CPC, decidiu que

*[...] para que o segurado faça jus à conversão de tempo de serviço comum em especial, é necessário que ele tenha reunido os requisitos para o benefício pretendido antes da Lei 9.032/1995, de 28/04/1995, independentemente do momento em que foi prestado o serviço. (EDCl no REsp 1.310.034/PR, rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 26/11/2014, DJe 02/02/2015.)*

Quanto ao uso de equipamento de proteção individual ou coletiva pelo segurado, registre-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário ARE 664.335, com repercussão geral reconhecida, decidiu que a utilização de EPI descaracteriza o labor exercido em condições especiais, desde que comprovada a real eficácia dos equipamentos de proteção, neutralizando a nocividade do agente.

Confira-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ART. 201, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REQUISITOS DE CARACTERIZAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES NOCIVAS. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EPI. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL. EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS À SAÚDE. NEUTRALIZAÇÃO DA RELAÇÃO NOCIVA ENTRE O AGENTE INSALUBRE E O TRABALHADOR. COMPROVAÇÃO

NO PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO PPP OU SIMILAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS HÁBEIS À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. CASO CONCRETO. AGENTE NOCIVO RÚIDO. UTILIZAÇÃO DE EPI. EFICÁCIA. REDUÇÃO DA NOCIVIDADE. CENÁRIO ATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE NEUTRALIZAÇÃO. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES PREJUDICIAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DEVIDO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. Conduz à admissibilidade do Recurso Extraordinário a densidade constitucional, no aresto recorrido, do direito fundamental à previdência social (art. 201, CRFB/88), com reflexos mediatos nos cânones constitucionais do direito à vida (art. 5º, caput, CRFB/88), à saúde (arts. 3º, 5º e 196, CRFB/88), à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88) e ao meio ambiente de trabalho equilibrado (arts. 193 e 225, CRFB/88).

2. A eliminação das atividades laborais nocivas deve ser a meta maior da Sociedade - Estado, empresariado, trabalhadores e representantes sindicais -, que devem voltar-se incessantemente para com a defesa da saúde dos trabalhadores, como enuncia a Constituição da República, ao erigir como pilares do Estado Democrático de Direito a dignidade humana (art. 1º, III, CRFB/88), a valorização social do trabalho, a preservação da vida e da saúde (art. 3º, 5º, e 196, CRFB/88), e o meio ambiente de trabalho equilibrado (art. 193, e 225, CRFB/88).

3. A aposentadoria especial prevista no artigo 201, § 1º, da Constituição da República, significa que poderão ser adotados, para concessão de aposentadorias aos beneficiários do regime geral de previdência social, requisitos e critérios diferenciados nos "casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar".

4. A aposentadoria especial possui nítido caráter preventivo e impõe-se para aqueles trabalhadores que laboram expostos a agentes prejudiciais à saúde e a fortiori possuem um desgaste naturalmente maior, por que não se lhes pode exigir o cumprimento do mesmo tempo de contribuição que aqueles empregados que não se encontram expostos a nenhum agente nocivo.

5. A norma inscrita no art. 195, § 5º, CRFB/88, veda a criação, majoração ou extensão de benefício sem a correspondente fonte de custeio, disposição dirigida ao legislador ordinário, sendo inexigível quando se tratar de benefício criado diretamente pela Constituição. Deveras, o direito à aposentadoria especial foi outorgado aos seus destinatários por norma constitucional (em sua origem o art. 202, e atualmente o art. 201, § 1º, CRFB/88). Precedentes: RE 151.106 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28/09/1993, Primeira Turma, DJ de 26/11/93; RE 220.742, Rel. Min. Néri da Silveira,

julgamento em 03/03/98, Segunda Turma, DJ de 04/09/1998.

6. Existência de fonte de custeio para o direito à aposentadoria especial antes, através dos instrumentos tradicionais de financiamento da previdência social mencionados no art. 195, da CRFB/88, e depois da Medida Provisória nº 1.729/98, posteriormente convertida na Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998. Legislação que, ao reformular o seu modelo de financiamento, inseriu os §§ 6º e 7º no art. 57 da Lei n.º 8.213/91, e estabeleceu que este benefício será financiado com recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212/91, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

7. Por outro lado, o art. 10 da Lei nº 10.666/2003, ao criar o Fator Acidentário de Prevenção-FAP, concedeu redução de até 50% do valor desta contribuição em favor das empresas que disponibilizem aos seus empregados equipamentos de proteção declarados eficazes nos formulários previstos na legislação, o qual funciona como incentivo para que as empresas continuem a cumprir a sua função social, proporcionando um ambiente de trabalho hígido a seus trabalhadores.

8. O risco social aplicável ao benefício previdenciário da aposentadoria especial é o exercício de atividade em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física (CRFB/88, art. 201, § 1º), de forma que torna indispensável que o indivíduo trabalhe exposto a uma nocividade notadamente capaz de ensejar o referido dano, porquanto a tutela legal considera a exposição do segurado pelo risco presumido presente na relação entre agente nocivo e o trabalhador.

9. A interpretação do instituto da aposentadoria especial mais consentânea com o texto constitucional é aquela que conduz a uma proteção efetiva do trabalhador, considerando o benefício da aposentadoria especial excepcional, destinado ao segurado que efetivamente exerceu suas atividades laborativas em 'condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física'.

10. Conseqüentemente, a primeira tese objetiva que se firma é: o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial.

11. A Administração poderá, no exercício da fiscalização, aferir as informações prestadas pela empresa, sem prejuízo do inafastável judicial review. Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário

é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete.

12. In casu, tratando-se especificamente do agente nocivo ruído, desde que em limites acima do limite legal, constata-se que, apesar do uso de Equipamento de Proteção Individual (protetor auricular) reduzir a agressividade do ruído a um nível tolerável, até no mesmo patamar da normalidade, a potência do som em tais ambientes causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas. O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

13. Ainda que se pudesse aceitar que o problema causado pela exposição ao ruído relacionasse apenas à perda das funções auditivas, o que indubitavelmente não é o caso, é certo que não se pode garantir uma eficácia real na eliminação dos efeitos do agente nocivo ruído com a simples utilização de EPI, pois são inúmeros os fatores que influenciam na sua efetividade, dentro dos quais muitos são impassíveis de um controle efetivo, tanto pelas empresas, quanto pelos trabalhadores.

14. Desse modo, a segunda tese fixada neste Recurso Extraordinário é a seguinte: na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria.

15. Agravo conhecido para negar provimento ao Recurso Extraordinário.

(ARE 664335, Rel. Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno – STF, julgado em 04/12/2014, DJe-029 de 12/02/2015) Destaquei

Na hipótese, as cópias da CTPS (fls. 74-75) e do laudo técnico de fls. 21-42 indicam que o autor exerceu a atividade profissional de estivador. A profissão de estivador deve ser considerada atividade especial, por



enquadramento de categoria profissional (Decreto 53.831/1964, código 2.5.6, e Decreto 83.080/1979, código 2.4.5), cuja sujeição a agentes nocivos é presumida até a Lei 9.032/1995 (AC 0047672-80.2003.4.01.3800/MG, rel. Des. Federal Ângela Catão, 1ª Turma, e-DJF1 19/08/2013, p. 723), e esteve exposto, nos demais períodos, de forma habitual e permanente, a agente nocivo (calor) em nível superior aos limites legais de tolerância aplicáveis à época, razão pela qual devem ser reconhecidos como de labor especial os períodos de 26/07/1977 a 28/04/1995 e 1º/07/1997 e 23/04/1998. Portanto, após a devida conversão do tempo de serviço especial em comum, com aplicação do fator 1.4, o autor atingiu mais de 35 anos de contribuição, fazendo jus ao benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição desde a data do requerimento administrativo (20/08/2007).

A correção monetária e os juros de mora seguirão as regras fixadas no Manual de Cálculos do Conselho da Justiça Federal.

Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% das prestações vencidas até a prolação da sentença de procedência, ou do acórdão que reforma o comando de improcedência da pretensão vestibular. Fixada a verba honorária em sentido diverso e não havendo interposição de recurso da parte interessada, deve ser mantida a condenação nos termos da r. sentença.

Nos feitos processados perante a Justiça Estadual, no exercício de jurisdição federal, o INSS é isento

do pagamento de custas (inclusive despesas com oficial de justiça) quando prevista a referida isenção em lei estadual específica, a exemplo do que ocorre nos Estados do Acre, Tocantins, Minas Gerais, Goiás, Rondônia, Mato Grosso e Piauí.

Ademais, considerando o caráter alimentar da prestação buscada no presente caso, bem como a presença de prova inequívoca e perigo de dano irreparável, restam configurados, na espécie, os pressupostos necessários à antecipação da prestação jurisdicional.

Assim, caso ainda não tenha sido implantado ou restabelecido o benefício, deve o INSS adotar tal providência no prazo de 30 dias, contados de sua intimação do presente comando.

Insta considerar, por oportuno, que a eventual aplicação prévia de multa diária contra a Fazenda Pública afigura-se plausível apenas na hipótese de comprovada recalcitrância do ente público no cumprimento do comando relativo à implantação ou restabelecimento do benefício previdenciário.

Posto isso, nego provimento à apelação do INSS e dou parcial provimento à remessa oficial, tão somente para que sejam observados os consectários legais, nos termos da fundamentação.

Oficie-se ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS para que cumpra a ordem de implantação/restabelecimento do benefício postulado, no prazo de 30 (trinta) dias, caso já não o tenha feito.

É como voto.

## Segunda Turma

Numeração única: 0001027-65.2006.4.01.3808

Apelação Cível 2006.38.08.001027-1/MG

Relator: Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado)  
 Apelante: Antônio Pinto Nogueira  
 Advogado: Dr. Sebastião de Assis  
 Apelada: Universidade Federal de Lavras – UFLA  
 Procurador: Dr. Hugo Marcelino da Silva  
 Publicação: e-DJF1 de 07/04/2016, p. 554

## Ementa

*Processual Civil e Administrativo. Servidor público da Universidade Federal de Lavras. Enquadramento. Lei 7.596/1987, regulamentada pelo Decreto 94.644/1987, Leis 8.460/1992, 8.627/1993 e 11.091/2005. Plano único de classificação e retribuição de cargos e empregos. PUCRCE. Prescrição do fundo de direito. Ocorrência. Sentença mantida. Apelação improvida.*

I. A controvérsia cinge em revisar benefício de aposentadoria concedida no ano de 1987. A ação foi ajuizada em 2006.

II. “É de cinco anos o prazo prescricional para o servidor inativo postular a revisão do benefício de aposentadoria, considerando-se como termo inicial a data em que ele passou à inatividade, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32” (REsp 1509760/SP, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 05/08/2015).

III. Os enquadramentos funcionais do autor ocorridos por força das Leis 7.596/1987, 8.460/1992, 8.627/1993 e 11.019/2005 são meros reflexos do primeiro posicionamento, não tendo o condão de renovar o prazo prescricional para postular nova revisão de benefício.

IV. Apelação a que se nega provimento.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 16/03/2016.

Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca, relator convocado.

## Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca: —

1. Antônio Pinto Nogueira ajuizou ação em face da Universidade Federal de Lavras – UFLA/MG, objetivando revisar o ato administrativo que o enquadrou de forma equivocada quando passou para inatividade, bem assim retificar o posicionamento ocorrido por força da Lei 11.091/2005.

2. A Universidade Federal de Lavras – UFLA contestou o pedido, às fls. 152-164, afirmando que a revisão perseguida pelo autor encontra-se obstada pela prescrição, por força do disposto no art. 57 do Decreto 94.664/1987 e Decreto 20.910/1932. No mérito, alega que o enquadramento do autor, no momento em que houve a aposentação, obedece às determinações legais vigentes à época, principalmente o Decreto 94.664/1987.

3. Analisando os autos, o juiz federal da Subseção Judiciária de Lavras julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que o pleito do autor fora alcançado pela prescrição, considerando que a aposentação ocorreu em 18/12/1987, e a presente demanda fora proposta somente em 06/06/2006, ou seja, quase vinte anos após prática do ato guerreado.

4. Em suas razões recursais, a parte-autora sustenta que, após a edição da Lei 7.596/1987, regulamentada pelo Decreto 94.644/1987, fora posicionado no cargo de operador de rádio telecomunicações e eletricidade, nível NM 24, subgrupo 2, “sendo desta forma prejudicado com o rebaixamento de 06 (seis) níveis”. Com o advento da Lei 11.091/2005, aduz o autor que foi novamente

enquadrado de forma equivocada, considerando que foi posicionado na categoria funcional de operador de rádio telecomunicações, grupo NI, padrão 16, quando deveria ter sido posicionado na categoria de técnico em telecomunicações. Pugnou, pois, pela reforma do julgado.

5. Apelo recebido à fl. 151. Com as contrarrazões (fls. 154-156), subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca: —

1. Trata-se, como visto, de apelação objetivando revisar o ato administrativo que o enquadrou de forma equivocada quando passou para inatividade, bem assim retificar o posicionamento ocorrido por força da Lei 11.091/2005.

2. Não merece guarida a irresignação do autor.

3. Na hipótese de eventual prejuízo causado pelo enquadramento realizado por força da Lei 7.596/1987, regulamentada pelo Decreto 94.644/1987, previa o art. 57 do citado decreto o seguinte:

Art. 57. O servidor que, ao ser enquadrado, sentir-se prejudicado, poderá requerer reavaliação junto à respectiva Comissão de Enquadramento, até cento e oitenta dias após a publicação dos resultados.

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais João Luiz de Sousa e Francisco Neves da Cunha.

4. Por outro lado, no que toca à prescrição, deve ser observada a disciplina do art. 1º do Decreto 20.910/1932. Senão vejamos:

[...] 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.

5. Nesse passo, a pretensão de alterar o ato de aposentadoria se submete à denominada prescrição do fundo de direito, prevista no art. 1º do Decreto 20.910/1932, iniciando-se a fluir tal prazo da data de publicação do ato de aposentadoria.

6. Assim, versando o pedido inicial sobre revisão do ato instituidor da aposentadoria do autor, a hipótese é de prescrição do próprio fundo de direito. A propósito, confirmam-se os seguintes arestos da Corte Suprema e do e. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Ofensa ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Não ocorrência. Administrativo. Servidor público. Aposentadoria. Revisão. Prescrição. Verificação. Legislação infraconstitucional. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisdição foi prestada pela Corte de origem mediante decisão suficientemente motivada. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 3. Agravo regimental não provido.

(ARE 781423 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 23-06-2014 PUBLIC 24-06-2014)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. EX-CELETISTA. ATIVIDADE PERIGOSA, INSALUBRE OU PENOSA. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. POSSIBILIDADE. AÇÃO DECLARATÓRIA. IMPRESCRITIBILIDADE. CONTEÚDO CONDENATÓRIO. OCORRÊNCIA. APOSENTADORIA. REVISÃO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. AGRAVO DESPROVIDO. I - O servidor público, ex-celetista, que exerceu atividade perigosa, insalubre ou penosa, detém direito à contagem do tempo de serviço com o devido acréscimo legal, para fins de aposentadoria estatutária. II - Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça a ação meramente declaratória é imprescritível, salvo quando também houver pretensão condenatória, como ocorre na hipótese dos autos. III - Esta Corte Superior possui entendimento no sentido de reconhecer a prescrição do fundo de direito nos casos em que houver pretensão de revisão do ato de aposentadoria de servidor público, com inclusão de tempo de serviço insalubre, desde que decorridos mais de cinco anos entre o ato da concessão e o

ajuizamento da ação. IV - Agravo interno desprovido. (AGRESP 200902485870, GILSON DIPP, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:22/11/2010.)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ATO DE APOSENTADORIA. REVISÃO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO DE FUNDO. OCORRÊNCIA. 1. A pretensão de revisão do ato de aposentadoria, com a contagem especial de tempo de serviço prestado de forma insalubre, tem como termo inicial para o prazo prescricional a concessão dessa pela Administração. Transcorridos mais de cinco anos entre a inativação do servidor e o ajuizamento da ação que pretende a alteração desse ato, torna-se imperioso o reconhecimento da prescrição do chamado fundo de direito. 2. O prazo prescricional para revisão do ato de aposentadoria começa a transcorrer na data de sua publicação e não do seu registro no Tribunal de Contas, pois este possui natureza jurídica meramente declaratória. 3. Recurso especial improvido.

(RESP 200800348369, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:19/10/2009.)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REVISÃO DO ATO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. TERMO INICIAL QUE SE CONFIGURA COM A APOSENTADORIA. PEDIDO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRAZO REMANESCENTE. REINÍCIO DA CONTAGEM COM O INDEFERIMENTO DO PEDIDO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. 1. Sendo inquestionável a existência de manifestação da Corte de origem sobre a questão relativa à prescrição, este Tribunal Superior tem firmado o posicionamento no sentido de que deve ser aplicado o direito à espécie, nos termos da Súmula n.º 456/STF, quando conhecido o recurso especial. 2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a pretensão de alterar o ato de aposentadoria se submete à denominada prescrição do fundo de direito, prevista no art. 1.º do Decreto n.º 20.910/32, correndo o prazo da data do ato de aposentadoria. Precedentes. 3. Verificada a existência de requerimento administrativo, ocorre a suspensão do prazo prescricional durante o período em que a Administração Pública examina o pedido, nos termos do art. 4.º, caput e parágrafo único, do Decreto n.º 20.910/32. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido.

(AGRESP 200800097243, LAURITA VAZ, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:09/02/2009.)

7. Nesta toada, tem sido o entendimento dos TRFs da 1ª, 2ª e 4ª Regiões, conforme se vê dos seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DO EX-TERRITÓRIO FEDERAL DE RORAIMA. ENQUADRAMENTO NO PLANO ÚNICO DE CLASSIFICAÇÃO E RETRIBUIÇÃO DE CARGOS E EMPREGOS - PUCRCE. LEI 7.596/87. LEI 8.270/91. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO.

OCORRÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA (8). 1. O “ato de enquadramento, ou reenquadramento, constitui-se em ato único de efeito concreto, que não caracteriza relação de trato sucessivo e, sendo assim, decorridos mais de 5 anos entre o ato questionado e o ajuizamento da ação, prescreve o próprio fundo de direito” (AgRg no REsp 1.108.177/RN, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, DJe 7/6/10). 2. O enquadramento na Lei 7.596/87 fora autorizado aos docentes dos extintos Territórios pela Lei 8.270/91. A partir de então a prescrição para requerer o enquadramento começou a correr. 3. A negativa de progressões exclusivas do PUCRCE é mero reflexo daquele enquadramento inicial e não tem o condão de renovar o prazo prescricional para requerer o enquadramento. 4. Apelação a que se nega provimento.

(AC 0000718-66.2005.4.01.4200 / RR, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ÂNGELA CATÃO, PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 p.303 de 08/08/2014)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. PUCRCE. REENQUADRAMENTO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. DESVIO DE FUNÇÃO NÃO CARACTERIZADO. 1. O autor postula o reenquadramento no cargo de supervisor, com a revisão de seus proventos, no mesmo padrão da remuneração, classe e nível de supervisor nos termos da Lei 7.596/87. O pedido administrativo foi realizado em 21/09/1993 (fls. 18/19), mais de 06 anos depois da vigência da referida lei e a presente ação ajuizada em 25/11/1999. 2. Já se encontra pacificado no STJ e nesta Corte o entendimento segundo o qual o ato de enquadramento não gera relação jurídica de trato sucessivo, pois que é ato único, que se exaure no instante em que se concretiza. Por conseguinte, nas ações que visam reenquadramento, a prescrição alcança o próprio fundo de direito, e não somente as parcelas vencidas antes do quinquênio legal. 3. Considerando que a violação ao alegado direito subjetivo dos demandantes ocorreu com o enquadramento feito em razão do advento da Lei 7.596/87, inequívoca a ocorrência da prescrição, porquanto a demanda foi proposta fora do prazo de cinco anos previsto pelo Decreto nº. 20.910/32. 4. O reenquadramento feito pelo advento de nova lei de carreira não configura desvio de função, tendo em vista que o servidor continua exercendo o cargo para o qual prestou concurso público. No caso, o autor perdeu o direito de ação para pleitear referido reenquadramento apenas, mas não se encontra exercendo funções atípicas, fora daquelas em que são determinadas para seu cargo.

(AC 0036229-13.1999.4.01.3400 / DF, Rel. JUÍZA FEDERAL ROSIMAYRE GONCALVES DE CARVALHO, 2ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.106 de 05/11/2012)

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO DO ATO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. TERMO INICIAL

QUE SE CONFIGURA COM O ATO DE APOSENTAÇÃO. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que a pretensão de alterar o ato de aposentadoria se submete à denominada prescrição do fundo de direito, prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, fluindo o prazo a partir da data do ato de aposentadoria. Precedentes.

2. Apelação e remessa oficial providas para reformar a sentença apelada julgando improcedente o pedido, tendo em vista o reconhecimento da prescrição. Honorários pelo sucumbente à conta de 10% sobre o valor atualizado da causa. Custas ex lege.

(AC 1997.01.00.018255-7/AC, Rel. Desembargador Federal Francisco De Assis Betti, Conv. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (conv.), Segunda Turma, e-DJF1 p.130 de 21/01/2010)

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO. ATIVIDADE INSALUBRE. PERÍODO ANTERIOR À LEI 8.112/90 - REGIME CELETISTA. TEMPO DE SERVIÇO. PRESCRIÇÃO - ART. 10. DECRETO 20910/32. CONTAGEM ESPECIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES: STF E STJ. VERBA HONORÁRIA .ART. 20, § 4º, DO CPC. 1. A fluência do prazo prescricional é determinada pelo nascimento da ação com violação do direito alegado - Inteligência do art. 1o. do Decreto 20.910/32. 2. Pretendendo as autoras o reconhecimento do direito à contagem do tempo de serviço prestado sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho sob o regime estatutário, para fins de revisão de seus proventos, é da publicação do ato de aposentadoria que começa a fluir o prazo prescricional. Isto porque, é justamente daí que surge para o servidor inativado o direito de impugná-lo em juízo, por constituir ato positivo e único a respeito do direito pleiteado. 3. A legitimidade para reconhecimento e conversão de tempo de serviço prestado por servidor público sob o regime celetista é da própria pessoa jurídica de direito público a que pertence uma vez que o art. 100 da Lei 8.112/90, ao estabelecer que “É contado para todos os efeitos legais o tempo de serviço público federal” não faz qualquer ressalva quanto ao regime jurídico de regência dessa prestação de serviço nem quanto à competência para tal contagem, e o art. 243 da mesma Lei também não fez qualquer ressalva ao transformar o regime, de contratual para estatutário. (TRF 1ª REGIÃO, AMS 200538000316562/MG, DJ de 2/4/2007). 4. Não há falar em anulação da sentença para que o INSS venha integrar o pólo passivo, vez que na presente demanda não foi veiculada qualquer pretensão capaz de ensejar a formação de eventual litisconsórcio necessário entre o INSS e a referida pessoa jurídica. 5. É assente a jurisprudência no sentido de que o servidor público tem direito a que seja averbado o tempo de serviço que prestara no regime anterior, em condições nocivas à saúde, com o acréscimo legal decorrente da insalubridade (STJ, RESP 500.566/PB) a despeito de ter posteriormente passado à condição de

estatutário (STJ, AGRG no RESP 449.714/PR), sendo que a exigência da edição de Lei Complementar para a regulamentação do art. 40, § 4o. da Carta Magna refere-se ao período prestado apenas sob o regime estatutário (STF, RE 352.322/SC, AgRg no RE 350.153/RS). 6. Do contexto fático-probatório dos autos, sobreleva-se a declaração firmada pelo Chefe de Divisão de Pessoal do Hospital Universitário Pedro Ernesto – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em que se declara a autora foi admitida sob o regime Celetista em 01/01/77, e que a mesma recebia 20% de Adicional de Insalubridade sobre o Salário Mínimo Regional. 7. Não se postula o pagamento de adicional de insalubridade, o qual prescindiria de laudo pericial a caracterizar o efetivo trabalho em condições prejudiciais à saúde. 8. Arbitra-se a verba honorária, moderadamente, em R\$ 700,00 com base no art. 20, § 4º, do CPC, sopesados os critérios estabelecidos nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo 3º do citado artigo, eis que vencida a Fazenda Pública e ante a ausência de complexidade da vexata quaestio. 9. Recurso e remessa necessária providos parcialmente.

(AC 200151010167343, Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND, TRF2 - OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data::19/02/2008 - Página::1513/1514.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDORES PÚBLICOS. EX-CELETISTAS. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL - CERTIDÃO E AVERBAÇÃO - POSSIBILIDADE. COISA JULGADA. APOSENTADORIA - ALTERAÇÃO DE FUNDAMENTO LEGAL - PRESCRIÇÃO. 1. Verifica-se coisa julgada quando o substituído já obteve o direito a que persegue, bem como sua cassação em Mandado de Segurança anterior. 2. O SFT e o STJ têm posicionamento pacificado no sentido de que o servidor que tenha laborado em condições insalubres sob o regime celetista tem direito à contagem de tempo de serviço para todos os efeitos. 3. As pretensões de revisão de aposentadoria, com a integralização de tempo de serviço laborado em condições insalubres, observa o prazo prescricional quinquenal do art. 1º do Decreto nº 20.910/32. (APELREEX 200472000096702, MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, TRF4 - TERCEIRA TURMA, D.E. 17/03/2010.)

8. Nesse passo, considerando que o impugnado ato de enquadramento da autora fora praticado no ano de 1987 e que a presente ação fora ajuizada apenas em 2006, portanto, mais de 19 (dezenove) anos após a alegada violação, forçoso reconhecer a ocorrência da prescrição do fundo do direito, com fulcro no art. 1º do Decreto 20.910/1932.

9. Mesmo que superada a tese da prescrição, não merece prosperar os argumentos suscitados pelo autor. Senão, vejamos:

10. Vejamos o que dispõe os arts. 7º e 15º da Lei 11.091/2005:

Art. 7º Os cargos do Plano de Carreira são organizados em 5 (cinco) níveis de classificação, A, B, C, D e E, de acordo com o disposto no inciso II do art. 5º e no Anexo II desta Lei.

[...]

Art. 15. O enquadramento previsto nesta Lei será efetuado de acordo com a Tabela de Correlação, constante do Anexo VII desta Lei.

§ 1º O enquadramento do servidor na Matriz Hierárquica será efetuado no prazo máximo de 90 (noventa) dias após a publicação desta Lei, observando-se:

I - o posicionamento inicial no Nível de Capacitação I do nível de classificação a que pertence o cargo; e

II - o tempo de efetivo exercício no serviço público federal, na forma do Anexo V desta Lei.

11. Cotejando o dispositivo em tela com o documento acostado à fl. 7, é possível verificar que o autor fora enquadrado no cargo de operador de rádio telecomunicações, classificação C, nível de capacitação I, padrão de vencimento 16, tudo em conformidade com o previsto na Lei 11.091/2005.

12. Em face do exposto, *nego provimento* à apelação.

É o voto.



## Terceira Turma

Numeração única: 0000924-50.2009.4.01.4100

Apelação Criminal 2009.41.00.000927-6/RO

Relatora: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes  
Relator: Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende (convocado)  
Apelante: Wyllen Rodrigues Gonçalves  
Advogado: Dr. Fernando Maia  
Apelada: Justiça Pública  
Procurador: Dr. Heitor Alves Soares  
Publicação: e-DJF1 de 02/03/2016, p. 1.591

### Ementa

*Penal. Processo Penal. Funcionário autorizado a inserir dados falsos em sistema de informações com o fim de obter vantagem para si ou para outrem. Indeferimento de diligência protelatória. Reconhecimento por fotografia. Resposta preliminar. Fotocópias produzidas pela Administração Pública prescindem de autenticação. Materialidade. Autoria. Dosimetria da pena.*

I. Funcionário do Sistema Nacional de Emprego – Sine que insere dados falsos no sistema informatizado, majorando o valor da remuneração de segurados a fim de lhes proporcionar um seguro-desemprego de valor mais elevado, comete o crime tipificado no art. 313-A do Código Penal.

II. O magistrado tem o poder de indeferir pedidos de produção de provas inúteis, desnecessárias ou meramente protelatórias. Não constitui cerceamento de defesa o indeferimento, na audiência de instrução e julgamento, de pedido de diligência com vista a obter informações já constantes dos autos.

III. O reconhecimento feito por fotografia, devidamente amparado nas demais provas constantes nos autos, não gera nulidade, tampouco viola o art. 226 do Código de Processo Penal. (Precedentes do STJ e desta Corte.)

IV. Nos termos da Súmula 330 do Superior Tribunal de Justiça, “é desnecessária a resposta preliminar de que trata o art. 514 do CPP, na ação penal instruída por inquérito policial”, bem como nos casos em que o denunciado já foi demitido do serviço público. (Precedentes desta Corte.)

V. Um dos atributos dos atos da Administração Pública é a presunção de sua veracidade e legitimidade. Desse modo, prescindem de autenticação os documentos por ela produzidos e juntados aos autos.

VI. A potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa são elementos da culpabilidade em sentido amplo e, por isso, ínsitos à tipificação penal e, portanto, pressuposto da própria condenação. Utilizar tais fatores no momento da fixação da pena significaria *bis in idem*.

VII. Não constitui fundamento apto a agravar a pena-base os motivos serem injustificáveis. A não justificação da conduta é elementar ao tipo penal e, conseqüentemente, à condenação.

VIII. A falta de ressarcimento do prejuízo causado à Administração Pública não é um fator hábil a agravar a pena-base do acusado de cometimento do crime do art. 313-A do Código Penal.

IX. Dosimetria da pena refeita para melhor refletir o grau de reprovabilidade da conduta do réu.

X. Apelação parcialmente provida.

### Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 23/02/2016.

Juiz Federal *Guilherme Fabiano Julien de Rezende*, relator convocado.

## Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Mônica Sifuentes: —*  
Trata-se de apelação criminal interposta pelo réu Wyllen Rodrigues Gonçalves da sentença prolatada pelo Juiz Federal Elcio Arruda, da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Porto Velho/RO (fls. 260-271), que condenou o apelante a 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 56 (cinquenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pelo cometimento do crime do art. 313-A do Código Penal (funcionário autorizado, inserir dados falsos em sistema de informações, com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem).

De acordo com a inicial acusatória, no 1º semestre de 2004, o apelante inseriu dados falsos no sistema informatizado do Sistema Nacional de Emprego – Sine, órgão do qual era funcionário, com o fim de obter vantagem indevida para outrem.

Dessa forma, majorou de R\$ 368,00 (trezentos e oitenta e seis reais) para R\$ 700,00 (setecentos reais) os valores que efetivamente percebiam Antônio dos Santos Vieira e José Lourenço Vieira, quando funcionários da empresa Jataí Engenharia Ltda., causando prejuízo à Caixa Econômica Federal, pela concessão do seguro-desemprego a maior.

No decorrer das investigações, não se levantaram provas do envolvimento de Antônio dos Santos e de José Lourenço na fraude perpetrada pelo acusado, o qual afirmou ter feito as referidas informações com o propósito de ajudar os trabalhadores (fls. 3-5).

A denúncia foi recebida em 09/02/2009 à fl. 222.

A sentença foi prolatada na audiência de instrução em 23/03/2009 (fl. 260).

O apelante, em razões de apelação, alega a fls. 298-317:

- cerceamento de defesa ante o indeferimento de diligência requerida pela defesa nas alegações finais, no sentido de que fosse oficiado ao SINE para anexar aos autos cópias dos registros de recepção dos seguros-desempregos;

- nulidade absoluta do processo por *error in procedendo*, em razão de ter sido feito o reconhecimento por meio de fotografia, e não pessoalmente, como determina o art. 226 do Código de Processo Penal;

- nulidade absoluta por desrespeito ao disposto no art. 514 do Código de Processo Penal;

- violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa porque há documentos produzidos na fase inquisitorial sem a participação do acusado,

os quais não passam de cópias ilegíveis e não autenticadas;

- insuficiência de provas para a condenação, devendo incidir na hipótese o princípio *in dubio pro reo*;

- a pena privativa de liberdade deve ser reduzida, em observância ao princípio da proporcionalidade;

- a pena de multa também deve ser reduzida; o delito não se consumou e, portanto, a hipótese é de tentativa.

Requer o reconhecimento da procedência das preliminares arguidas e, no mérito, a absolvição do réu, com suporte no art. 386, IV e VII, do CPP (estar provado não ter o réu concorrido para a infração penal ou insuficiência de provas). Caso seja mantida a condenação, pugna pela redução da pena a ele aplicada (fls. 298-317).

Nas contrarrazões o MPF requer o parcial provimento da apelação apenas para que se revise a individualização da pena, mantendo-se a condenação quanto ao mais, por seus próprios fundamentos (fls. 320-333).

O Ministério Público Federal, em parecer do Procurador Regional da República Osni Belice, manifesta-se pelo provimento do recurso apenas para revisão da pena-base aplicada (fls. 336-339).

A defesa requereu a união do presente feito aos Processos 2007.41.00.006470-3, 2006.41.00.004212-5, 2009.41.00.001133-0 e 2009.41.00000927-6, os quais se encontram nesta Corte Regional para aplicação da continuidade delitiva e economia processual, devendo todos ser acostados aos processos sob a relatoria do Desembargador Federal Hilton Queiroz, relator da 1ª apelação (2006.41.00.00003251-1) (fl. 341).

Ouvido (fl. 354), o Desembargador Federal Hilton Queiroz determinou a oitiva do MPF (fl. 363).

O MPF requereu que fosse determinado o apensamento ao presente feito das seguintes Apelações: 2007.41.00.006470-3, 2006.41.00.004212-5, 2009.41.00.001133-0, 2006.41.00.00003251-1, 2008.41.00.005251-0, 2008.41.00.005250-7, 2008.41.00.005253-8 e 2006.41.00.004212-5 (fls. 366-367).

O Desembargador Hilton Queiroz indeferiu a petição do acusado à fl. 341, bem como o requerimento ministerial a fls. 366-367 (fls. 370-372).

É o relatório

Ao eminente revisor.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende: — Trata-se de apelação criminal interposta pelo réu Wyllen Rodrigues Gonçalves, da sentença que condenou o apelante pelo cometimento do crime do art. 313-A do Código Penal (funcionário autorizado, inserir dados falsos em sistema de informações, com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem).

O apelante é acusado de, na condição de funcionário do Sistema Nacional de Emprego – Sine, inserir dados falsos no sistema informatizado, majorando o valor da remuneração de Antônio dos Santos Vieira e José Lourenço Vieira, a fim de lhes proporcionar um seguro-desemprego de valor mais elevado.

Das preliminares

Do cerceamento de defesa

Sem razão o apelante ao alegar cerceamento de defesa por ter o juízo *a quo* indeferido, na audiência de instrução e julgamento, pedido de diligência da defesa para que fosse expedido ofício ao Serviço Nacional de Emprego – Sine, a fim de remeter relatórios comprovando ter sido o réu quem recepcionara os requerimentos de seguro-desemprego dos segurados Antônio dos Santos Vieira e José Lourenço Vieira.

A referida preliminar, suscitada pelo acusado nas alegações finais e novamente aduzida nas razões de apelação, foi fundamentada e corretamente afastada pelo juízo *a quo*:

[...] foi decidido que indeferia a diligência requestada, porquanto, na defesa prévia, oportunidade idônea a tanto, não houve formulação a respeito e, mais, por não se tratar de diligência surgida no curso da instrução, além de a informação pretendida constar no documento de fls. 14-15 e 100-104 (fl. 261).

Como se vê da decisão acima, a defesa do acusado requereu diligência para produzir uma prova já constante dos autos.

Sobre a questão, manifestou-se o MPF:

Alega o apelante, preliminarmente, a nulidade do processo por cerceamento de defesa. Afirma que o julgador indeferiu pedido de expedição de ofício ao SINE para envio dos relatórios que apontariam quem recepcionou os pedidos de

seguro-desemprego em questão. Argumenta que a produção dessa prova seria de extrema valia para demonstrar a inocência do recorrente.

Ocorre que o magistrado tem o poder de indeferir pedidos de produção de provas inúteis, desnecessárias ou meramente protelatórias. No caso dos autos, sustentou o Juiz Federal que as informações constantes da prova requerida pela defesa já se encontravam nos autos. Os documentos de fls. 14/15 demonstram claramente que os pedidos de seguro-desemprego em tela foram requeridos sob a matrícula do recorrente. A diligência requerida pela defesa revela-se desnecessária, e seu deferimento teria apenas o condão de protelar a prestação jurisdicional. Correta, assim, a decisão do julgador de indeferir o pedido. Não há que se falar em nulidade por cerceamento de defesa (fl. 337).

*Da nulidade absoluta do processo por error in procedendo (violação ao art. 226 do CPP)*

O art. 226 do Código de Processo Penal assim estabelece:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento

De todo modo, não procede a alegada nulidade por *error in procedendo*, em razão de ter sido feito reconhecimento por meio de fotografia e não pessoalmente.

O reconhecimento feito por fotografia, devidamente amparado nas demais provas constantes nos autos, conforme se verifica na hipótese destes autos, não gera nulidade.

Nesse sentido:

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello e o Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel (convocado).

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I, DO CP. CONDENÇÃO EM SEGUNDO GRAU FUNDAMENTADA EM RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DO RÉU. NÃO OBSERVÂNCIA DO ART. 226 DO CPP. PALAVRA DA VÍTIMA QUE CONFIRMOU, EM JUÍZO, TER FEITO O RECONHECIMENTO, SEM RATIFICAÇÃO DO ATO. AUSÊNCIA DE PROVA VÁLIDA PARA A CONDENÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O reconhecimento fotográfico, como meio de prova, é apto para identificar o réu e fixar a autoria delitiva somente quando corroborado por outras provas, colhidas sob o crivo do contraditório. (HC 232.960/RJ, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/10/2015, DJe 06/11/2015).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DO ACUSADO EM SEDE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DISPOSITIVO QUE CONTÉM MERA RECOMENDAÇÃO LEGAL. ELEMENTO DE CONVICÇÃO QUE SE ENCONTRA EM CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS REUNIDAS NO FEITO. MÁCULA NÃO CARACTERIZADA.

1. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que as disposições insculpidas no artigo 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, cuja inobservância não enseja a nulidade do ato. Precedentes.

2. Da mesma forma, este Sodalício considera válida a identificação do investigado na fase inquisitorial por meio de fotografia, notadamente quando confirmada por outros elementos probatórios.

3. Na espécie, ainda que o réu não tenha sido pessoalmente reconhecido em juízo porque não esteve presente à audiência de instrução, verifica-se que o seu reconhecimento fotográfico efetuado na fase policial encontrou respaldo nos demais elementos de convicção produzidos no feito, o que afasta a ilegalidade suscitada na impetração. (HC 279.535/SP, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado DO TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 17/09/2015, DJe 23/09/2015).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ROUBO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. MAJORANTE. ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA. DOSIMETRIA. ELEVAÇÃO DA PENA. APELAÇÃO DA DEFESA NÃO PROVIDA. APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO PROVIDA.

[...]

2. Embora o reconhecimento pessoal tenha sido realizado por meio de fotografia, quando ratificado em juízo, sob o crivo do contraditório

e da ampla defesa, detém idoneidade para formação da convicção sobre a autoria delitiva, conforme já decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça. (ACR 0001300-55.2012.4.01.3801/MG, Rel. Desembargador Federal Mário César Ribeiro, Terceira Turma, e-DJF1 p. 1586 de 29/10/2015).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO QUALIFICADO (CP, ART. 157, § 2º, I e II). EXISTÊNCIA DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. DOSIMETRIA DA PENA EM CONSONÂNCIA COM OS ARTIGOS 59, 60 E 68 DO CP. INDENIZAÇÃO NO VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS. ART. 387, INC. IV DO CPP. AFASTAMENTO.

[...]

2. Validade do reconhecimento por fotografia, mormente quando a participação do réu no evento delituoso restou corroborada por provas testemunhais. (ACR 0051930-19.2010.4.01.3500/GO, Rel. Desembargador Federal Olindo Menezes, Rel. Acor. Desembargador Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, e-DJF1 p. 448 de 09/06/2015).

No mesmo sentido concluiu o MPF, em seu parecer:

De igual modo, cumpre afastar a tese de nulidade por error in procedendo, em razão de ter sido realizado reconhecimento por meio de fotografia e não pessoalmente.

Sim, porque o reconhecimento feito por fotografia, quando amparado nas demais provas constantes dos autos, como ocorre no caso em apreço, não gera qualquer nulidade (fl. 322).

*Da nulidade absoluta por violação ao art. 514 do Código de Processo Penal*

O art. 514 do CPP estabelece:

Art. 514. Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de quinze dias.

Por outro lado, de acordo com a Súmula 330 do STJ “é desnecessária a resposta preliminar de que trata o art. 514 do CPP, na ação penal instruída por inquérito policial”.

Na hipótese destes autos, houve a instauração de inquérito para apurar a materialidade e a autoria dos crimes descritos na inicial acusatória.

Nesse sentido:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 168-A DO CÓDIGO PENAL. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM GUIAS DE RECOLHIMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ARTIGO 299 DO CÓDIGO PENAL. CONDUTA PRATICADA POR AGENTES PÚBLICOS.

PECULATO. ARTIGO 312 DO CÓDIGO PENAL. ABSORÇÃO DO DELITO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PELO CRIME DE PECULATO. POSSIBILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO ENTRE OS DELITOS DE PECULATO E FALSIDADE IDEOLÓGICA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. DELAÇÃO PREMIADA. POSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA.

[...]

2. Não há nulidade do feito em razão da ausência de notificação dos servidores para a apresentação de defesa preliminar. A denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal foi lastreada em inquérito policial, o que torna dispensável o procedimento previsto no art. 514 do CPP, conforme a Súmula n. 330 do Superior Tribunal de Justiça: “É desnecessária a resposta preliminar de que trata o art. 514 do CPP na ação penal instruída por inquérito policial”. (ACR 0016169-97.2005.4.01.3500/GO, Rel. Desembargador Federal Ney Bello, Terceira Turma, e-DJF1 p. 1221 de 10/11/2015).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES. ARTIGOS 317, § 1º; 288 E 299, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGO 514, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA. JULGAMENTO ULTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. REPARAÇÃO DOS DANOS. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS.

[...]

3. Não se vislumbra a existência de nulidade processual decorrente da não observância, na espécie, do art. 514, do Código de Processo Penal, tendo em vista que, como apontado pelo d. Ministério Público Federal em seu parecer (fls. 987/997), “[...] a denúncia contra o apelante teve por base seu indiciamento no Inquérito Policial 675/2004 (768/827). Assim, aplica-se, in casu, o enunciado 330 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça a estabelecer que “é desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação instruída por inquérito policial” (fl. 994). [...] (ACR 0012592-05.2005.4.01.3600/MT, Rel. Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Quarta Turma, e-DJF1 p. 912 de 17/07/2015).

Além disso, as disposições do art. 514 do CPP destinam-se aos funcionários públicos. Portanto, se a denúncia decorre de inquérito policial e é recebida depois do denunciado ter sido demitido do serviço público, conforme ocorreu na hipótese, nenhuma ilegalidade há no ato.

O interesse público visado pelo referido dispositivo quer evitar que, temerariamente, o funcionário seja surpreendido no exercício de suas

funções e processado, projetando-se o fato sobre a Administração.

Assim, já julgou esta Turma:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. PECULATO. AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR. ART. 514 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PENA. DOSIMETRIA. 1. A falta de apresentação de defesa preliminar pelo réu, regularmente intimado para os fins do art. 514 do CPP, não acarreta nulidade processual, uma vez que o acusado já havia sido demitido antes do oferecimento da denúncia. Não sendo mais o réu funcionário público quando do oferecimento da denúncia inaplicável a ele o procedimento especial do art. 514 do CPP. Ademais, havendo a denúncia sido instruída com inquérito policial é prescindível a notificação do acusado. Precedentes do STJ e deste Tribunal. [...] (ACR 0038161-51.1999.4.01.0000/DF, Rel. Desembargador Federal Mário César Ribeiro, Rel. Conv. Juiz Federal Klaus Kuschel (Conv.), Quarta Turma, DJ p. 04 de 24/01/2007).

Não verifico, pois, a alegada nulidade.

Correta a sentença ao concluir:

Em linha de princípio, falece arrimo à preliminar de nulidade pela não-aplicação do artigo 514 do Código de Processo Penal. Primeiro, porque o réu não mais se encontra investido no ofício público. Segundo, porque a prefacial acusatória se estribou em inquérito policial, não em documentos ou na justificação aludida no artigo 513 do Código de Processo Penal. Daí a prescindência da resposta prévia, na exata medida em que inexistente o risco de se colher de surpresa servidor público no regular exercício de suas funções. Terceiro, porque, tratando-se de nulidade relativa faz-se mister a inequívoca demonstração de prejuízo, aqui não suscitada (fls. 264/265).

*Da alegada violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa porque há documentos produzidos na fase inquisitorial unilateralmente, os quais não passariam de cópias ilegíveis e não autenticadas*

A questão foi corretamente afastada pela sentença recorrida, como se vê à fl. 265:

Os subsídios coligidos na fase investigativa revelam conteúdo acessível; nada há de ilegível (fls. 11-20, 47-59 e 122-136). A propósito, a autenticação de fotocópias é providência supérflua, porquanto o expediente é originário de repartição pública federal e nada de objetivo se suscitou a infirmar-lhe o contexto.

Um dos atributos dos atos da Administração Pública é a presunção de sua veracidade e legitimidade. Desse modo, prescindem de autenticação os documentos por ela produzidos e juntados aos autos.



Não fora isso, não há nulidade na produção de elementos informativos produzidos em fase inquisitorial sem a participação do investigado. O inquérito policial, na condição de procedimento administrativo, prescinde do contraditório e da ampla defesa.

Também nesse sentido, o MPF concluiu em seu parecer:

Também não procede o argumento de que as cópias constantes no Inquérito são ilegíveis e não autenticadas. Compulsando os autos do procedimento investigatório, não se nota a presença de qualquer cópia ilegível. A autenticação também é inteiramente dispensável, mormente em se tratando de cópias produzidas por órgãos públicos dotados de presunção de veracidade (fl. 337).

Afastadas, portanto, as preliminares.

*Do mérito*

*Da materialidade*

A materialidade do delito está demonstrada pelos documentos a fls. 11-20, 95-104 e 122-136, os quais demonstram a divergência entre os 3 (três) últimos salários percebidos pelos empregados Antônio dos Santos Vieira e José Lourenço Vieira e os valores inseridos indevidamente no banco de dados do Sine.

Os referidos documentos também mostram a inexatidão da duração do contrato de trabalho dos referidos empregados.

*Da autoria*

Apesar de o apelante ter negado a prática do crime nas fases policial (fls. 116-117) e instrutória (fls. 282-285), as provas constantes dos autos comprovam o cometimento das condutas descritas na denúncia.

As testemunhas de acusação afirmaram ter o réu confessado a prática do crime, ao ser descoberta a inserção indevida de dados no sistema operacional do Sine:

[...] que, em conversa com o acusado, ele informou estar inserindo dados a maior, para ajudar os trabalhadores, já que os salários eram muito baixos; que ele não falou de estar ganhando alguma coisa; que a confissão foi presenciada por sua colega LOURDES DO NASCIMENTO PRADO e pelo coordenador CELSO CRUZ; que a confissão dele foi espontânea, não houve pressão; que ele se mostrou arrependido (João Carlos da Costa, servidor público estadual, fls. 272/275).

[...] que houve uma reunião de que participaram a depoente, JOÃO CARLOS DA COSTA, CELSO CRUZ e o acusado; que, na ocasião, indagado a respeito dos fatos, o réu confessou a inserção de dados em valores a maior no sistema, a fim de ajudar

os trabalhadores; que ele nada ganharia com a ocorrência, segundo o próprio; que ele se mostrava bastante arrependido (Lourdes do Nascimento Prado, servidor público estadual fls. 276/279).

Registre-se que o acusado afirmou no seu interrogatório em juízo não ter desavenças com as testemunhas de acusação (fl. 283).

As provas testemunhais estão em consonância com o restante do contexto probatório produzido.

Não fora isso, do exame dos documentos a fls. 14-15 verifica-se que o sistema operacional para requerimento de seguro-desemprego registrou o nome e a senha do acusado na execução das operações ilícitas referentes a Antônio dos Santos e José Lourenço.

Sobre a alegação do réu de que várias pessoas teriam acesso ao sistema e poderiam alterar os dados nele constantes, corretamente concluiu a sentença:

As circunstâncias, contudo, evidenciam o contrário. Primeiro, porque, a despeito de outros funcionários igualmente acessarem o sistema, cada um o fazia a partir de senhas pessoais e secretas. Com isto, as operações/movimentações eram registradas na matrícula/senha de quem as levava a efeito. Segundo, porque o acusado “nunca forneceu sua a senha a ninguém”, ele próprio o disse (cf. interrogatório judicial). E a prova testemunhal, editada em juízo e sob o crivo do contraditório, solidificou-lhe a responsabilidade. Os depoimentos, encerrando mérito intrínseco e credibilidade, ostentam idoneidade suficiente a robustecer a imputação esgrimada na denúncia. Neste contexto, a refutação da responsabilidade ensaiada pelo acusado restou ilhada, absolutamente destoante do acervo probatório (fls. 266/267).

Não pairam dúvidas de que o apelante cometeu o delito de, na condição de funcionário autorizado, inserir dados falsos em sistema de informações (art. 313-A do CP) na sua forma consumada. Sem razão, portanto, a pretensão de desclassificação do crime para tentativa.

Quanto à autoria e à materialidade, no mesmo sentido concluiu o MPF em seu parecer:

Ao contrário do que sustenta o apelante, as provas de autoria são robustas em seu desfavor.

Os requerimentos de seguro-desemprego fraudados foram feitos com a matrícula do recorrente, o que seria possível a quem tivesse sua senha. No interrogatório judicial, o apelante confirmou que “cada usuário tinha sua senha individualizada, não podendo ceder a ninguém; que as senhas eram reservadas, ninguém comunicava a sua aos outros; nunca forneceu sua senha a ninguém”. Se só o recorrente tinha a senha para efetivar requerimentos sob sua matrícula, está

patente que foi ele quem inseriu dos dados falsos no sistema.

Essa prova foi corroborada pelos depoimentos das testemunhas, que afirmaram ter ouvido a admissão da autoria pelo próprio apelante. Como ele alega não ter qualquer desavença com as testemunhas, não há razão para negar crédito aos depoimentos.

Não há que se falar, portanto, em insuficiência de provas de autoria ou aplicação do princípio in dubio pro reo (fl. 339).

#### Da dosimetria

O crime do art. 313-A do CP é punido com pena de reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos e multa.

A pena-base do réu foi fixada em 4 (quatro) anos de reclusão, em razão da presença de 4 (quatro) circunstâncias desfavoráveis:

- *culpabilidade*: “intensa [...] porque, imputável, detinha consciência da ilicitude, exigindo-se-lhe conduta diversa, tanto mais por não se cuidar de pessoas de poucas luzes (então funcionário público e acadêmico)”;

- *personalidade*: “revela algum desajuste, insubmissão às regras éticas e sociais norteadoras da vida em comunidade, nomeadamente à luz dos fatos similares contemporaneamente perpetrados, inclusive com prolação de seis sentenças condenatórias, além de envolvimento em crime de ameaça (fls. 140-147 e 238-259)”;

- *motivos*: “são injustificáveis, cingindo-se, talvez, à realização de ‘caridade com o chapéu’ alheio”;

- *consequências*: “foram graves, pelo desprestígio causado ao serviço público e pela ausência de ressarcimento”.

No que concerne à *culpabilidade*, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa são elementos da culpabilidade em sentido amplo e, por isso, insitos à tipificação penal e, portanto, pressuposto da própria condenação. Utilizar tais fatores no momento da fixação da pena significaria *bis in idem*.

Também não constitui fundamento apto a agravar a pena-base os motivos serem injustificáveis. A não justificação da conduta é insita ao tipo penal e, conseqüentemente, à condenação.

Quanto às *consequências*, a falta de ressarcimento não é um fator hábil a agravar a pena-base do acusado.

A pena-base do acusado merece ser fixada em 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa.

Exasperada em 1/6 (um sexto), em razão da continuidade delitiva, resulta em 3 (três) anos, 2 (dois)

meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial aberto (art. 33, § 2º, c, do CP), e 17 (dezesete) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, corrigido monetariamente até a data do efetivo pagamento.

Substituída a pena privativa de liberdade por 2 (duas) sanções restritivas de direitos (art. 44, I, e § 2º, do CP).

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao apelo do acusado Wyllen Rodrigues Gonçalves para:

- REDUZIR a pena do apelante de 4 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e 56 (cinquenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, para 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial aberto (art. 33, § 2º, c, do CP), e 17 (dezesete) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, corrigido monetariamente até a data do efetivo pagamento;

- FIXAR, como regime inicial de cumprimento da pena, o aberto (art. 33, § 2º, c, do CP); e

- SUBSTITUIR a pena privativa de liberdade do réu por 2 (duas) sanções restritivas de direitos, quais sejam, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária que fixo no patamar de 50 (cinquenta) salários-mínimos à época do fato que será destinada a entidade a ser indicada pelo juiz da execução.

É como voto.

### Voto Revisor

O Exmo. Sr. Juiz Federal Klaus Kuschel: — Nada a acrescentar ao relatório de fls. 386-388.

Recorre Wyllen Rodrigues Gonçalves da sentença que o condenou a pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 56 (cinquenta e seis) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 313-A do CP.

#### 1 Preliminares

Sustenta que teve seu direito de defesa cerceado, em razão do indeferimento da diligência de ofício ao Sine para obtenção dos registros de recepção dos seguros desempregos; que deve ser reconhecida a nulidade do procedimento de reconhecimento do réu por meio de fotografia; que houve nulidade processual ao não ser assegurado o direito de apresentação de defesa preliminar; que as provas produzidas no inquérito se referem a cópias não autenticadas de documentos, bem como ilegíveis, comprometendo o exercício do direito de defesa.

#### a) Cerceamento de defesa

Pois bem, a alegação de cerceamento de defesa ocasionado pelo indeferimento de diligência ao Sine para obtenção dos registros de recepção dos seguros desempregos não merece acolhimento, porquanto as informações que se pretendia trazer aos autos já constam dos documentos de fls. 14-15 e 100-104, conforme exarado na sentença recorrida (fl. 261).

Também não merece prosperar a alegação de violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, sustentada no fato de ser juntadas aos autos cópias não autenticadas de documentos ou que tais estariam ilegíveis.

É que não retira o valor probante da documentação o fato de ter sido apresentada em cópias não autenticadas, porquanto não houve qualquer demonstração de irregularidades quanto ao conteúdo dessas cópias relativamente aos originais, estando sua valoração no âmbito da livre convicção do julgador.

Com estas razões, rejeito, pois, essas preliminares.

*b) Reconhecimento pessoal*

Não há registro nos autos de que o réu tenha sido submetido a reconhecimento pessoal, restando sem objetivo a preliminar em referência.

*c) Nulidade processual*

Sustenta o réu a nulidade processual por vício no procedimento, por não ter havido sua notificação para apresentação de defesa preliminar, prevista no art. 514 do CPP.

A questão encontra-se pacificada na Súmula 330 do eg. Superior Tribunal de Justiça, a qual dispensa a apresentação de defesa preliminar quando a ação penal que imputar delito funcional a servidor público estiver instruída por inquérito policial, *verbis*: “É desnecessária a resposta preliminar de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial”.

Inaplicável à espécie, portanto, o disposto no art. 514 do CPP, porquanto a denúncia teve por base inquérito policial instaurado para apurar os fatos delitivos imputados ao réu.

Rejeito, portanto, a preliminar.

*2 Mérito*

Sustenta que o sistema de dados era acessado por todos, os quais podiam inserir ou modificar as informações ali constantes; que não há provas da sua participação no delito, pois os documentos juntados aos autos não demonstram ter sido o responsável pela recepção do benefício; que a pena aplicada foi excessiva.

A *materialidade* encontra-se demonstrada pela documentação de fls. 11-20, 95-104 e 122-136, que permitem a constatação de divergências entre os últimos salários recebidos por Antônio dos Santos Vieira e José Lourenço Vieira e os valores indevidamente lançados no sistema informatizado do Sine.

A *autoria* está suficientemente comprovada pelo documento de fls. 14-15, que aponta a apelante na qualidade de responsável pelos lançamentos no sistema de dados salariais de Antônio dos Santos Vieira e José Lourenço Vieira.

Além disso, as testemunhas João Carlos da Costa (fls. 272-275) e Lourdes do Nascimento Prado (fls. 276-279) relataram em juízo que o réu confessou perante eles ter inserido dados inverídicos no sistema informatizado do Sine com o propósito de ajudar os trabalhadores.

Não afasta a responsabilidade do réu o fato de outros servidores terem acesso ao sistema, porquanto as operações/movimentações eram registradas com a matrícula e senha dos seus responsáveis, sendo que os lançamentos de informações falsas, conforme já asseverado, tiveram o registro de movimentação pela matrícula do réu.

Dessa forma, deve ser mantida a sentença que condenou o réu pela prática do crime previsto no art. 313-A do CP.

Quanto à dosimetria da pena, o MM. juiz sentenciante considerou desfavoráveis ao réu a culpabilidade “*porque, imputável, detinha consciência da ilicitude, exigindo-lhe conduta diversa*”; a personalidade revela “*insubmissão às regras éticas e sociais norteadoras da vida em comunidade*”; os motivos “*são injustificáveis, cingindo-se, talvez, à realização de ‘caridade com o chapéu alheio’*”; as consequências “*foram graves, pelo desprestígio causado ao serviço público e pela ausência de ressarcimento*”, fixando a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão e 48 (quarenta e oito) dias-multa, elevando-a em 1/6 (um sexto), em razão da continuidade delitiva, totalizando a pena definitiva 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 56 (cinquenta e seis) dias-multa.

Merece reparos a sentença, nesse ponto.

É que a *culpabilidade* consubstanciada na consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa representa elementos próprios da estrutura do crime.

Quanto à *personalidade*,

[...] para ser valorada em seu aspecto global e dinâmico, considerando o agente em seu meio social circundante ocasional ou permanente, que o pressiona e

*que faz reagir, de forma passiva ou agressiva, não pode ser analisada isoladamente, destacada da conduta social [...].*

enquanto que para a análise da conduta social “*deverá entender-se o papel que o acusado teve, em sua vida pregressa, na comunidade em que se houve integrado*”. (Costa Jr. Paulo José. *Código Penal Comentado*. 9. ed. DPJ Editora, pp. 193-194.)

Os motivos do crime referentes “à realização de ‘caridade com o chapéu alheio’”, não são idôneos para fundamentar a exasperação da *pena-base*.

Assim, reduzo a *pena-base* de 4 (quatro) anos de reclusão e 48 (quarenta e oito) dias-multa para 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Inexistentes circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Inexistentes causas de diminuição de pena. Mantenho a incidência da causa de aumento decorrente da continuidade delitiva, elevando a pena em 1/6, totalizando a pena definitiva 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 17 (dezesete) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo o dia-multa.

Fixo o regime inicial aberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, c, do CP, bem como, por estarem preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, na forma em que fixada pelo relator.

Diante do exposto, *dou parcial provimento* ao apelo, para reduzir a pena imposta ao réu, nos termos da fundamentação.

É o voto.

## Terceira Turma

*Habeas Corpus* 0048608-39.2015.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro  
Impetrantes: Ricardo Saldanha Spinelli e outros  
Impetrado: Juízo Federal da 5ª Vara – MT  
Paciente: Éder de Moraes Dias (réu preso)  
Publicação: e-DJF1 de 07/04/2016, p. 972

### Ementa

*Processual Penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Revogação pelo Supremo Tribunal Federal. Medidas cautelares. Juiz singular. Poder discricionário. Prisão domiciliar e monitoramento eletrônico. Adequabilidade e proporcionalidade. Ordem denegada.*

I. O Supremo Tribunal Federal, por decisão monocrática do relator, determinou à autoridade impetrada a fixação de medidas cautelares que julgasse pertinente em substituição à prisão preventiva decretada, visando desestimular a ocorrência de reiteração criminosa.

II. O descumprimento da ordem implicaria desrespeito à autoridade da Suprema Corte, que não deu ao juiz a opção de fixá-las, mas de aplicá-las na forma que julgasse pertinente.

III. Resulta inequívoco que não cabe a esta Corte Regional, pena de invasão da competência do Excelso Pretório, manifestar-se sobre a desnecessidade de aplicação de medidas cautelares.

IV. Remetida a questão ao poder discricionário do magistrado foram fixadas três medidas cautelares: recolhimento domiciliar no período noturno (19:00 às 06:00) e nos dias de folga (sábados, domingos e feriados), monitoramento eletrônico e proibição de manter contato com os demais investigados e/ou acusados, à exceção de sua esposa.

V. Mostram-se adequadas, proporcionais e pertinentes as cautelares aplicadas, na medida em que objetivam evitar o cometimento de novos crimes, sendo imprescindível o monitoramento eletrônico para viabilizar a fiscalização do recolhimento domiciliar.

VI. Caso em que existem fortes indícios de que o paciente teria movimentado seu patrimônio de origem ilícita em nome de terceiras pessoas, especialmente dos filhos. Questão inclusive já julgada pela Terceira Turma deste Tribunal que, dando prosseguimento ao julgamento iniciado em 04/08/2015, concluiu, por maioria, com base no voto condutor por mim proferido, pela denegação da ordem requerida para fins de concessão de liberdade provisória ao paciente.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 08/03/2016.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: —* Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Ricardo Saldanha Spinelli, Fonan de Oliveira Souza, José Eduardo Rangel de Alckmim, Rodrigo Otávio Barbosa de Alencastro, advogados, contra ato do MM. juiz federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso (fls. 34-37), visando “*revogar a integralidade das medidas cautelares impostas*” em detrimento de Éder de Moraes Dias ou, subsidiariamente, a revogação do “*monitoramento eletrônico*” e do “*recolhimento domiciliar*” (Processo 6461-96.2014.4.01.3600/MT – IPL 7660-27.2012.4.01.3600/MT – Operação Ararath).

Sustentam os impetrantes ocorrência de constrangimento ilegal em face da desproporcionalidade e desnecessidade das medidas cautelares aplicadas, por se revelarem “*cabalmente inadequadas ao caso em testilha*” e ao “*cenário fático-probatório*”, bem assim “*inexistência de risco de reiteração da prática delitiva, de sua posta periculosidade do agente, gravidade abstrata dos crimes imputados e sua complexidade*” (fl. 9).

Alegam, nesse contexto, que a autoridade impetrada,

[...] *ao ser comunicado da concessão da medida liminar no HC 129.212/MT impetrado junto ao STF, houve por bem impor severas e desmedidas medidas cautelares em detrimento do Paciente [...], submetendo-o a patente constrangimento ilegal que afeta diretamente a sua liberdade de locomoção [...]* (fl. 3 - grifos do original);

que o paciente responde,

[...] *perante a 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Mato Grosso, por fatos imputados no bojo da ‘Operação Ararath’, por cerca de 06 (seis) ações penais, a saber: 8015-66.2014.4.01.3600, 12518-33.2014.4.01.3600, 15781-73.2014.4.01.3600, 15887-35.2014.4.01.3600, 17374-40.2014.4.01.3600 e 3428-64.2015.4.01.3600 [...]* (fl. 03).

Afirma que o Supremo Tribunal Federal, relator o Ministro Dias Toffoli, afastou a terceira prisão preventiva decretada pelo MM. juiz federal da 5ª Vara/MT e deferiu a liminar requerida, determinando “*a soltura do paciente*” e, “*caso julgasse necessário*”, que o aludido magistrado “*fixasse em substituição da prisão, medidas cautelares menos invasivas*” (fl. 5 - grifos do original); que a autoridade impetrada

[...] *aplicou medidas cautelares alternativas à prisão em detrimento do Paciente de forma demasiadamente desmesurada, praticando verdadeiro ato coator tendente a cercear a liberdade do Paciente ao lhe impor, no total, 03 (três) gravosas restrições, mesmo quando todas as ações penais relativas à ‘Operação Ararath’ já encontram-se encerrando [...]* (fl. 7 – grifos do original).

Asseveram que “*as medidas cautelares aplicadas em detrimento do Paciente devem se ater a indicativos fático-probatórios que demonstrem a necessidade delas*” (fl. 9); que

[...] *a imposição de monitoração eletrônica do Paciente afigura-se abusiva e desproporcional, na medida em que não foi indicado, nesta ou em outra persecução penal (e nunca cogitou a possibilidade de fixar o monitoramento eletrônico [...])* (fls. 14-15);

a imposição

[...] *de monitoração eletrônica invade sobremaneira a esfera da liberdade do Paciente, não detendo, no caso concreto, nenhum propósito específico diante do acervo probatório coligido [...]* (fl. 15);

que a fixação

[...] *dessas desproporcionais medidas cautelares foi, tão somente, o de burlar a decisão proferida pelo e. STF, com a devida vênia, a fim de manter o Paciente com a sua liberdade de locomoção restringida [...]* (fls. 16-17).



Prestadas as informações (fls. 142-143 – vº), proferi decisão indeferindo o pedido de liminar (fls. 146-149).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 157-161).

É o relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Éder de Moraes Dias teve a prisão preventiva decretada pelo MM. Juiz Federal Jeferson Shneider, Titular da 5ª Vara da Seção judiciária do Estado do Mato Grosso, pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 4º e 16 da Lei 7.492/1986, no art. 1º, inciso V e VII, da Lei 9.613/1998 e nos arts. 317 e 312 do Código Penal (gestão fraudulenta, fazer operar instituição financeira sem a devida autorização, lavagem de dinheiro, peculato e corrupção ativa).

Segundo consta da exordial, o paciente, que responde “perante a 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Mato Grosso, por fatos imputados no bojo da ‘Operação Ararath’, por cerca de 06 (seis) ações penais” (fl. 3), teve a prisão preventiva decretada pela terceira vez, desta feita nos autos 6461-96.2014.4.01.3600/MT, que motivou a impetração do HC 0000029-60.2015.4.01.0000/MT, perante este Tribunal, cujo pedido de liminar foi indeferido em plantão pela Desembargadora Federal Neuza Alves.

Consta, ademais, que contra com essa aludida decisão liminar do TRF 1ª Região, foi impetrado o HC 327995/MT perante o Superior tribunal de Justiça, “onde o eminente Min. Relator Ericson Maranhão entendeu por não conhecer da impetração aplicando-se o art. 210 do RISTJ c/c com súmula 691, STF” (fl. 5). Tal decisão foi mantida pela Sexta Turma do STJ que negou seguimento ao agravo regimental interposto em favor do paciente, seguindo-se a impetração, desta feita perante o Supremo Tribunal Federal, consubstanciada no HC 129.212/MT, tendo o Ministro relator Dias Toffoli afastado os termos da Súmula 691/STF e revogado liminarmente a prisão preventiva decretada pelo MM. juiz federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Mato Grosso, determinando-lhe a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal “que julgasse pertinentes”.

Diante disso, a autoridade impetrada, dando cumprimento à ordem emanada no HC 129.212/MT, proferiu a seguinte decisão, *ato ora impugnado*, da qual destaco os seguintes excertos:

[...] O Supremo Tribunal Federal, por meio do Ministro Dias Toffoli, ao conceder liminar nos autos do habeas corpus 129.212/MT, entendeu ausentes os pressupostos da prisão preventiva decretada contra o acusado ÉDER DE MORAES DIAS.

Contudo, nessa mesma decisão, o Ministro determinou que fossem aplicadas medidas cautelares diversas da prisão preventiva conforme este juízo julgasse pertinentes.

No presente caso, para fins de impedir a reiteração criminosa, ademais das medidas cautelares reais já decretadas, entendo que somente o recolhimento domiciliar no período noturno (19:00hs às 06:00hs) e nos dias de folga (sábados, domingos e feriados) poderá evitar o cometimento de novos crimes (art. 319, inciso V, do CPP).

Ademais, para que a substituição pelo recolhimento domiciliar se dê de forma efetiva, e não apenas na forma, sem qualquer controle, entendo absolutamente imprescindível a monitoração eletrônica do acusado (art. 319, inciso IX, do CPP) devendo a Central Estadual de Monitoramento Eletrônico, Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do Estado de Mato Grosso providenciar os meios materiais necessários para que essa medida cautelar seja prontamente implementada, viabilizando, assim, a fiscalização da medida de recolhimento domiciliar.

Por fim, com o mesmo objetivo de obviar a reiteração criminosa, entendo necessário que o acusado seja proibido de manter contato, por qualquer meio, com os demais investigados e/ou acusados (art. 319, inciso III, do CPP), à exceção de sua esposa.

Isto posto, decreto, em substituição à prisão preventiva, o recolhimento domiciliar do acusado ÉDER DE MORAES DIAS no período noturno (19:00hs às 06:00hs) e nos dias de folga (sábados, domingos e feriados), acrescido das medidas cautelares de monitoramento eletrônico e de proibição de manter contato com os demais investigados e/ou acusados, à exceção de sua esposa (319, incisos III, V e IX do CPP).

[...]

(cf. fls. 35/36 - grifei)

Pretende-se, por meio do presente *habeas corpus*, a revogação das medidas cautelares em referência, em face da “ausência de substrato fático para aplicação das constrições judiciais”, ou, alternativamente, a revogação do monitoramento eletrônico e do recolhimento domiciliar, ao argumento de que “cabalmente inadequados ao caso em testilha” (fl. 31).

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Mônica Sifuentes e Ney Bello.

Cabe esclarecer, inicialmente, conforme se extrai da parte dispositiva da decisão do Ministro Dias Toffoli, que a autoridade impetrada nada mais fez do que dar cumprimento à ordem explícita no sentido de aplicar medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal. Portanto, ao contrário do que alega o impetrante, não foi dada ao MM. juiz singular a opção de fixá-las, “*caso necessário*” (fl. 5), mas sim de aplicá-las, e na forma que julgasse pertinente.

A propósito, assim se manifestou o Procurador Regional da República Vinícius Fernando Alves Fermino em seu parecer:

A redação do Min. Dias Toffoli não deixa espaço a dúvida, eis que o magistrado optou pelo uso do verbo ‘determinar’ na parte final do dispositivo, em que se enuncia: ‘determinando ao Juízo da 5ª Vara Federal do Estado do Mato Grosso a aplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319) que julgar pertinentes’. Houve, pois, uma ordem do Supremo Tribunal dirigida ao magistrado reputado coator.

Sendo assim, houvesse o Juiz Federal impetrado optado por não impor medida cautelar alguma – que é o que objetiva o presente writ – estaria a descumprir a decisão da Suprema Corte. Por aí já se vê o absurdo que propõem os impetrantes, que é o frontal desrespeito à autoridade do Supremo Tribunal federal.

De ver-se que a imposição das medidas cautelares em questão – nada mais do que uma especificação das medidas consideradas cabíveis, por ordem do Pretório Excelso – se baseia na necessidade de evitar a reiteração criminosa, em proteção à ordem pública, como resta estampado no próprio ato impugnado.

[...]

(cf. fl. 158 - grifei)

Como se vê, a questão foi remetida ao poder discricionário do magistrado, atribuindo-lhe a aplicação de medidas cautelares diversas de prisão que entendesse pertinentes ao caso concreto.

Não há que se cogitar, deste modo, de que a autoridade impetrada praticou “*verdadeiro ato coator tendente a cercar a liberdade do Paciente ao lhe impor 03 (três) gravosas contrições*” (fl. 7), sendo certo que a revogação da ordem de aplicação das aludidas cautelares caberá somente ao Supremo Tribunal Federal.

Quanto à razoabilidade ou pertinência das medidas aplicadas, que ora se pretende afastar sob alegação de desmesura e desproporcionalidade, consignou o MM. juiz singular:

Pois bem, uma vez quanto ao primeiro dos fundamentos do habeas corpus, isto é, desnecessidade das medidas cautelares diversas da prisão preventiva, informo que a nossa decisão apenas deu fiel cumprimento à determinação de Supremo Tribunal Federal, pois conforme constou na parte dispositiva daquela decisão, o juízo da 5ª Vara recebeu uma determinação para que aplicasse as medidas cautelares. Em outras palavras, quanto à alternativa entre aplicar ou não as medidas cautelares, os impetrantes devem apresentar postulação diretamente no Supremo Tribunal Federal para fins de ver reformada a decisão do Ministro Dias Toffoli que determinou a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão preventiva.

Por fim, ao mesmo tempo em que o Ministro Dias Toffoli determinou a aplicação das medidas cautelares, também consignou que essas medidas deveriam ser definidas segundo este Juízo entendesse pertinentes. Quanto à pertinência, os impetrantes sustentam falta de adequação e proporcionalidade das medidas cautelares impostas ao paciente.

Pois bem, uma vez tendo o Ministro Dias Toffoli autorizado o juízo, ora autoridade coatora, a eleger as medidas cautelares pertinentes ao caso, exatamente para que não se arguisse no futuro qualquer excesso, tratei de fixar apenas duas das medidas cautelares outrora estabelecidas pelo mesmo Ministro no mesmo caso, em relação ao mesmo paciente (Habeas Corpus nº 123.235), isto é, recolhimento domiciliar e proibição de manter contato, por qualquer meio, com os demais investigados e/ou acusados, à exceção de sua esposa.

E, ainda, apenas para fins de garantir a efetividade do recolhimento domiciliar, determinei a medida cautelar de monitoramento eletrônico, sem a qual a medida cautelar de recolhimento domiciliar torna-se inócua, por ser impossível a sua fiscalização.

(cf. fls. 143-vº- grifei)

Com efeito, conforme consta da liminar, decidiu o Ministro Dias Toffoli substituir a preventiva por medidas cautelares diversas de prisão, e não simplesmente revogá-la, com o fito de evitar a ocorrência de reiteração criminosa. Confira-se o seguinte excerto da aludida decisão monocrática:

Primeiramente, destaco que o juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso se utilizou, para red decretar a custódia do paciente, da faculdade que lhe é conferida pelo art. 316 do Código de Processo Penal, segundo o qual, ‘[o] juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem’ (grifei)

Na visão daquele magistrado, a medida extrema estaria motivada no surgimento de fatos supervenientes ao julgamento pela Corte do HC nº 123.235/MT, de minha relatoria, que, em 21/10/14, substituiu a segregação do paciente por medidas cautelares diversas.

Nesse contexto, não vislumbro, por parte daquele Juízo, afronta ao julgado deste Supremo Tribunal naquele habeas corpus, uma vez que a decisão que implementou medidas cautelares em substituição à custódia possui natureza *rebus sic stantibus*.

Cabe analisar, entretanto, se os fundamentos justificadores da medida extrema se mostraram suficientes para tanto.

Como ponto de partida, ressalto que o decreto prisional, outrora citado, foi embasado na garantia da ordem pública, pois, como destacou aquele Juízo, restou evidenciada nos autos a reiteração delitiva, bem como a periculosidade do paciente, pautada que foi pela gravidade e complexidade em concreto dos crimes supostamente praticados, e no seu papel de destaque na suposta organização.

Do ponto de vista da garantia da ordem pública, tendo como fundamento a periculosidade do paciente pelas questões já expostas, destaco que esta foi adotada pelo Juízo de origem como uma das razões para justificar a prisão e momento anterior. Entretanto, tal fundamento foi rechaçado pelo Colegiado da Corte no julgamento do HC nº 123.235/MT.

Logo, a invocada garantia da ordem pública sob essa ótica não autorizada a redereação da prisão do paciente no mesmo processo.

Já em relação à apontada reiteração delitiva assentada na suposta movimentação de recursos e bens de forma oculta em nome de terceiros, cujos objetivos seriam, em tese prejudicar a instrução penal e furtar-se dos efeitos da lei penal, tenho que a prisão preventiva, como última ratio, por esse fundamento, não se justifica neste juízo de cognição sumária.

Com efeito, a suposta movimentação de bens e o auferimento de vantagens pelo paciente das práticas criminosas anunciadas, podem ser evitadas com outras medidas de que dispõe o magistrado. Refiro-me às medidas assecuratórias previstas no Código de Processo Penal, tais como o sequestro dos bens móveis e imóveis adquiridos com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro (CPP, arts. 125 e 132), bastando, para tanto, a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (CPP, art. 126).

Essas medidas, quando combinadas com aquelas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319), podem surtir o efeito esperado para resguardar a ordem pública e garantir a instrução processual e a aplicação da lei penal. A contrário sensu, ad argumentandum tantum, abre-se campo para a decretação da custódia como última ratio.

Assim, considerando o contexto fático demonstrado, entendo descaracterizada, à primeira vista, a necessidade da segregação cautelar.

Reitero, ademais, o que consignei no julgamento do HC nº 123.235/MT impetrado em favor do paciente e que contou com o parecer favorável da Procuradoria-Geral da República:

‘não obstante subsista o *periculum libertatis* do paciente, na espécie, esse poder ser obviado com medidas cautelares diversas e menos gravosas que contribuam para interromper ou diminuir sua atividade, prevenindo-se, assim, a reprodução de fatos criminosos e resguardando-se a instrução criminal, a ordem pública e econômica e a futura aplicação da lei penal, nos mesmos moldes em que decidi no inq nº 3.842/MT, até porque, penso que esse período de segregação também poderá servir de freio à possível reiteração de condutas ilícitas’ (De minha relatoria, Primeira Turma, DJe de 4/12/14).’

Com essas considerações, sem prejuízo de reexame posterior da matéria, defiro a liminar para revogar a prisão preventiva do paciente nos autos do processo nº 6461-96.2014.4.01.3600, determinando ao Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso a aplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319) que julgar pertinentes.

[...]

(cf. fls. 51/53 - grifei)

Resulta inequívoco, pois, que não cabe a esta Corte Regional, pena de invasão da competência do Supremo Tribunal Federal, manifestar-se sobre a desnecessidade das medidas assecuratórias cuja aplicação concluiu como necessárias ao menos para evitar hipótese de reiteração criminosa.

É o que também conclui o órgão ministerial:

O próprio Min. DIAS TOFFOLI, antes de concluir sua decisão e pronunciar-se sobre a necessidade das cautelares diversas de prisão [...] teve o cuidado de transcrever, no decisum, parte da anterior decisão do Juiz Federal da 5ª da Seção Judiciária de Mato Grosso em que este, com clareza e detalhe, para além de sumariar as acusações que pesam contra o paciente, no âmbito da denominada Operação Ararath, destacou a riqueza de elementos de convicção que denunciavam a reiteração criminosa por parte do paciente, apesar das várias ações penais instauradas em seu desfavor, in verbis (fls. 45/49):

‘Quanto à materialidade e indícios de autoria dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, gestão fraudulenta e fazer operar instituição financeira sem a devida autorização (caput do art. 4º e art. 16 da Lei nº 7.492/86); lavagem de dinheiro (art. 1º, inciso V e VI, da Lei nº 9.613/98); e corrupção passiva e peculato (art. 317 e 312, ambos do Código Penal), tenho que estão suficientemente

demonstrados nas denúncias apresentadas e recebidas nos autos dos processos nº 8015-66.2014.4.01.3600, 15781-73.2014.4.01.3600, 15887-35.2014.4.01.3600, 12518-22.2014.4.01.3600, 17374-40.2014.4.01.3600 e 3428-64.2015.4.01.3600, nos quais também foram decretados o arresto e a hipoteca legal de bens pertencentes ao acusado ÉDER DE MORAES DIAS NO VALOR DE MAIS DE R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais).

Uma vez decretada a indisponibilidade do patrimônio em nome do acusado - atualmente os bens imóveis localizados estão sendo avaliados - chama a atenção o fato de que o bloqueio de valores, via BACENJUD realizado em diversas oportunidades, sendo a primeira em 26/05/2014, no processo nº 15781-73.2014.4.01.3600, resultou totalmente infrutífero, pois nenhum valor foi bloqueado em contas bancárias sob a titularidade do acusado, o que denota que o acusado, apesar de seu estilo de vida (morador em condomínio de luxo e usuário de veículos de alto valor) e do patrimônio aparente em seu nome, não utiliza o Sistema Financeiro Nacional para movimentar recursos.

Ademais de possuir patrimônio em nome próprio, objeto de indisponibilidade judicial, existem fortes indícios de que o acusado está movimentando patrimônio seu, de origem ilícita, em nome de terceiros pessoas, especialmente, seus filhos, VITTOR DA COSTA DIAS, menor de idade (11 anos), e ÉDER DE MORAES DIAS JÚNIOR, com 19 anos de idade.

Para demonstrar a reiteração criminoso do crime de lavagem de dinheiro e quitação de bens em nome de terceiros, o Ministério Público Federal apontou os seguintes eventos:

1) o imóvel residencial localizado nos lotes 4 e 5, Av. Florais, Condomínio Florais dos Lagos Bairro Ribeirão do Lipa, Cuiabá/MT, local de residência do acusado desde o início das investigações não se encontrava registrado em seu nome, razão pela qual não foi inicialmente alcançado pela hipoteca legal. Esse imóvel foi adquirido, inicialmente, em 09/09/2011, por RENAN LUIZ MENDOÇA BEZERRA, filho de CELSON LUIZ DUARTE BEZERRA.

No mesmo dia 19/04/2012 o imóvel identificado acima foi vendido por RENAN LUIZ MENDOÇA BEZERRA duas vezes, por meio de escrituras públicas, sendo uma vez para PEDRO ARMÍNIO PIRAN, pelo valor de R\$ 41.764,10 e outra para VITTOR DA COSTA DIAS, menor de idade (11 anos) filho do acusado ÉDER DE MORAES DIAS e LAURA TEREZA DA COSTA, pelo valor de R\$ 300.000,00. Portanto, em um único dia o mesmo imóvel foi vendido duas vezes, para pessoas diferentes, por valores absolutamente distintos.

Das duas escrituras públicas, somente a escritura assinada em nome de PEDRO ARMÍNIO PIRAN foi efetivamente submetida a registro no dia 04/06/2012. Em 03/06/2014, dois anos depois e logo após o cumprimento de um mandado de

busca e apreensão na residência de PEDRO ARMÍNIO PIRAN, este vendeu – ou devolveu – o imóvel para RENAN LUIZ MENDOÇA BEZERRA pelo valor de R\$ 150.168,26. Após o retorno do imóvel para o patrimônio de RENAN LUIZ MENDONÇA BEZERRA, a segunda escritura pública, em nome de VITTOR DA COSTA DIAS, lavrada em 19/04/2012, foi levada em 03/12/2014, pelo valor, de R\$ 300.000,00, enquanto que o valor venal do imóvel no Cadastro Municipal é de R\$ 1.320.316,31.

O investigado PEDRO ARMÍNIO PIRAN é pai do também investigado VALDIR PIRAN, os quais, estão sendo investigados por crimes de lavagem de dinheiro e fazer operar instituição financeira sem autorização legal no âmbito da denominada Operação Ararath.

No âmbito dessa operação surgiram indícios da existência de diversos negócios entre ÉDER DE MORAES DIAS e VALDIR PIRAN, dentre eles, a aquisição de um veículo FERRARI 599 GTB, placa ETT-0111, em nome de ÉDER MORAIS DIAS, conforme nota fiscal, muito embora esse mesmo veículo, apreendida na sede da empresa de VALDIR PIRAN, como pertencente à 'Familia Piran 2011'. No mesmo local também foi apreendido uma confirmação de reserva no Etoile Hotels em nome da empresa PIRAN SOCIEDADE DE FOMENTO MERCANTIL LTDA, em favor da hóspede MONIZE DA COSTA DIAS, filha de ÉDER DE MORAES DIAS, para o período de 26/11/2012 a 26/01/2013, tendo por contato 'Celso Bezerra', sem que exista aparente vínculo ou justificativa entre a hospedagem e os fins sociais da empresa. Por fim, segundo o Ministério Público Federal, esses fatos servem para demonstrar a existência de fortes vínculos entre ÉDER DE MORAES DIAS, PEDRO ARMÍNIO PIRAN, VALDIR PIRAN e CELSON LUIZ DUARTE BEZERRA.

Por fim, analisando atentamente as escrituras públicas lavradas no dia 19/04/2012, especialmente, a que tratou da compra e venda do imóvel em favor de VITTOR DA COSTA DIAS, chama a atenção dois fatos indiciários de fraudes narrados na escritura pública: o primeiro, é o de que o imóvel vendido por RENAN LUIZ MENDONÇA BEZERRA no ano de 2012 em favor de VITTOR DA COSTA DIAS, com escritura pública lavrada nesse mesmo ano, foi adquirido pelo vendedor somente em 03/06/2014; o se é o fato de a escritura pública lavrada no ano de 2012 fazer referências a certidão Negativa de Débitos Trabalhistas expedida pela Justiça do Trabalho em 09/09/2014. Em outras palavras, uma escritura pública lavrada em 2012 com referência a fatos ocorridos somente no ano de 2014.

2) – no dia 05/11/2014 o acusado ÉDER DE MORAES DIAS, ADQUIRIU O VEICULO DODGE DURANGO CREW, placa QBO - 4779, ano e modelo 2013/2013m avaliado em R\$ 160.000,00 registrado o veículo em nome de seu filho, ÉDER DE MORAES DIAS JÚNIOR, com 19 anos de idade.

3) – no dia 16/12/2014 o acusado ÉDER DE MORAES DIAS vendeu o veículo FORD FUSION



AWD GTDI, placa NUF – 4746 ano 2013, avaliado entre R\$ 80.000,00 e R\$ 107.000,00, registrado em nome de seu filho, ÉDER DE MORAES DIAS JÚNIOR, para JOSÉ JÚLIO DOS REIS, proprietário da empresa AUTO ARTS CENTRO AUTOMOTIVO LTDA – ME, que posteriormente revendeu para ANDRÉ LUIZ DE ANDRADE POZETI, atual proprietário.

Destarte, a partir dos eventos narrados acima, é possível constatar que a despeito de o acusado ÉDER DE MORAES DIAS encontrar-se com seu patrimônio pessoal indisponível, apesar das medidas cautelares fixadas pelo Supremo Tribunal Federal, as quais tem se revelado insuficientes para a tutela do processo, em liberdade o acusado segue na reiteração criminosa, por meio da movimentação de recursos e bem de forma oculta, em nome de terceiros, portanto longe dos olhos da Justiça, com o nítido objetivo de prejudicar a instrução penal, assim como de furta-se dos efeitos da lei penal.

Em razão da reduzida idade dos filhos do acusado ÉDER DE MORAES DIAS, inclusive um deles menor de idade, não é de se presumir que estejam comprando e vendendo imóveis e veículos em nome próprio, com recursos próprios. Pelo contrário, existem fortes indícios de que o acusado ÉDER DE MORAES DIAS está utilizando o nome dos filhos, portanto, terceiras pessoas, para fazer circular bens e valores de forma oculta.

A decisão cautelar da própria Suprema Corte, se é certo que reconhece a desnecessidade da prisão preventiva, é certo também que, por outro lado, vislumbra expressamente a necessidade de outras medidas cautelares, ainda que diversas da prisão e em paralelo a medidas assecuratórias reais, para evitar a reiteração criminosa.

Isso põe clara a noção de que essa Corte regional não poderia conhecer do argumento, constante do writ, por meio do qual se propõe a desnecessidade das cautelares impugnadas, já desvestidas pelo Pretório Excelso. Tal implicaria inolvidável invasão de competência do Supremo Tribunal Federal.”

(cf. fls. 159/160 - grifei)

Nesse contexto, portanto, não se mostram inadequadas ou impertinentes as medidas cautelares aplicadas pelo MM. juiz impetrado, uma vez que existem fortes indícios de que o paciente, que responde a 6 (seis) ações penais no âmbito da mencionada *Operação Ararith*, estaria movimentando “*seu patrimônio de origem ilícita em nome de terceiras pessoas, especialmente seu filhos Vittor da Costa Dias e Éder de Moraes Dias Júnior*” (fl. 160).

Cabe destacar, a propósito, que essa questão é objeto do HC 000029-60.2015.4.01.0000/MT, julgado recentemente por este Órgão Fracionário na assentada de 17/11/2015, que, dando prosseguimento ao julgamento iniciado em 04/08/2015, concluiu,

por maioria e com base no voto condutor por mim proferido, pela denegação da ordem requerida para fins de concessão de liberdade de Éder De Moraes Dias, ora paciente.

Assim, a meu ver, mostram-se consentâneas as medidas cautelares fixadas pelo MM. juiz impetrado em substituição à prisão preventiva outrora decretada, confirmada por este Tribunal e revogadas por ordem monocrática do Supremo Tribunal Federal, na pessoa do Ministro Dias Toffoli.

E sob esse prisma destaco o seguinte trecho do bem lançado parecer ministerial:

Não há dúvidas de que o recolhimento domiciliar no período noturno (entre 19:00 e 06:00h) e nos dias de folga (sábados domingos e feriados) contribui para evitar a prática de novos crimes, impedindo maiores deslocamentos e até mesmo viagens por parte do paciente, o que dificulta sua dedicação ao cometimento de outros delitos da mesma natureza.

As complicações decorrentes de ter de estar de volta em sua residência para recolhimento noturno e em dias de folga compromete uma maior liberdade de ação, desejável e necessária para quem pretenda dedicar-se a esse tipo de prática delituosa.

O monitoramento eletrônico, para além de permitir a adequada fiscalização do cumprimento domiciliar – de fato, sem aquele, a imposição deste tornar-se-ia absolutamente inócua, por impossibilidade de adequada fiscalização -, permite acompanhar os passos do paciente, no sentido de saber os lugares por onde andou, o que, sem dúvida, desestimula a reiteração criminosa, porque permite a imediata produção de prova sobre possíveis iniciativas ilícitas.

A possibilidade de recuperar os itinerários do paciente, descobrindo os lugares onde foi, em ordem a que seja possível aquilatar com que esteve ou o que possa ter ido fazer, é, nessa medida, um empecilho ao tipo de crimes cuja perpetração vem sendo em tese reiterada pelo paciente. Certamente, o fato de estar sendo monitorado é um complicador a mais para que possa voltar a delinquir.

Por fim, a proibição de que se comunique, por qualquer meio, com os demais acusados ou investigados corresponde ao elemento que faltava para impedir sua liberdade de ação no âmbito da reiteração criminosa, alicerçado na probabilidade de que esse seja o grupo de cujo auxílio se vale para voltar a praticar os delitos em questão.

Assim, a adequabilidade das medidas cautelares impostas para os objetivos a que se destinam, correspondentes a eliminar a possibilidade de reiteração criminosa, revela-se patente, a impedir, ademais, que se cogite de desproporcionalidade, certo como é que foram fixadas na medida justa para impedir novos delitos.



A única possibilidade de cogitar-se da inadequabilidade ou desproporcionalidade dessas medidas cautelares seria reconhecer que seriam insuficientes para impedir a reiteração delituosa, caso em que, forçosamente, a solução seria revigorar a prisão preventiva outrora desfeita, providência que, alias, não está fora do alcance da Suprema Corte, que ainda não julgou o mérito do HC nº 129.212/MT.

A rigor, foi a convicção de que medidas cautelares diversas do encarceramento pudessem ser suficientes a impedir a reiteração criminosa o que permitiu ao Supremo Tribunal Federal, até agora pela voz do Min. Dias Toffoli, autorizar que o paciente esteja em liberdade. Voltar-se contra elas, pois, é combater o próprio âmago da decisão da Suprema Corte, dando azo até mesmo a que se reavalie se o melhor não é restituir ao cárcere o paciente.

Em tempo, este órgão chama a tenção para a irrelevância da alegação dos impetrantes de que o paciente, na sede da ação penal, estaria contribuindo para o esclarecimento dos fatos. Tal arguição, para além de restar indemonstrada, não tem adequação na via estreita do habeas corpus, em que seria inviável aquilatar quanto à veracidade do que tem declarado o paciente na ação penal.

(cf. fls. 160/161 - grifei)

Cabe consignar, finalmente, que o paciente já foi condenado em uma das ações que responde em face da denominada *Operação Ararath*, ao cumprimento da pena de 69 (sessenta e nove) anos e 3 (três) meses de reclusão em regime inicialmente fechado (Processo 0008015-66.2014.4.01.3600/MT - IPL 233/2014), conforme sentença datada de 13/11/2015, disponibilizada no *site* deste Tribunal.

Isto posto, por tais razões e fundamentos, *denego* a ordem de *habeas corpus*.

*É como voto.*

## Voto-Vista

O Exmo. Sr. Des. Federal Ney Bello: — Cuida-se de ordem de *habeas corpus* impetrada por José Eduardo Rangel de Alckmin, Rodrigo Otávio Barbosa de Alencastro e Pedro Júnior Rosalino Braule Pinto, em favor de Éder de Moraes Dias, contra decisão do Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso, que decretou medidas cautelares diversas da prisão preventiva em favor do ora paciente, tendo em vista o teor da decisão monocrática do relator, Ministro Dias Toffoli, no *Habeas Corpus* 123.235/STF, que determinou a soltura do paciente, ao tempo em que designou ao juízo de origem que aplicasse as medidas ora combatidas.

Alega a parte impetrante, em síntese, (1) a desnecessidade das medidas cautelares impostas, sob os argumentos de inexistência de risco de reiteração criminosa, periculosidade do agente e gravidade abstrata dos crimes; e (2) falta de adequação e proporcionalidade das medidas cautelares diversas da prisão.

Pugna pela revogação das indigitadas medidas cautelares.

Após o voto do relator, Desembargador Federal Mário César Ribeiro, denegando a ordem de *habeas corpus*, no que foi acompanhado pela Desembargadora Federal Mônica Sifuentes, pedi vista dos autos para uma melhor análise do caso concreto.

*É o relatório.*

Compulsando o caderno processual, em cotejo com a jurisprudência consolidada desta Terceira Turma, entendo que não merece reparos o entendimento do juízo de origem ao proferir o *decisum* impugnado, em consonância com o que restou determinado pela decisão emanada pelo STF, *in verbis*:

[...], sem prejuízo de reexame posterior da matéria, defiro a liminar para revogar a prisão preventiva do paciente nos autos do processo n. 6461-96.2014.4.01.3600, determinando (negrito e sublinhado nosso) ao Juízo da 5ª Federal da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso a aplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319) que julgar pertinentes [...].

Da leitura da parte dispositiva retrotranscrita, verifico que o Juízo da 5ª Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso, ora autoridade impetrada, tão somente deu cumprimento ao que lhe foi delegado pelo relator do *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli.

No caso concreto, a decisão impugnada não se afigura teratológica, ilegal ou abusiva de poder, de modo a ser cassada por meio da presente ordem de *habeas corpus*, sobretudo diante dos fundamentos utilizados pelo juízo de origem para determinar ao paciente o recolhimento domiciliar, com uso de monitoramento eletrônico, além da proibição de manter contato com os demais investigados da *Operação Ararath*.

Por oportuno, reproduzo excerto das informações prestadas pelo juízo de origem (fls. 142-143v), *ipsis litteris*:

O Supremo Tribunal Federal, por meio do Ministro Dias Toffoli, diante da prisão preventiva decretada em desfavor do réu ÉDER DE MORAES DIAS, ora paciente, concedeu liminar no 'habeas

corpus' n. 129.212, em favor ÉDER DE MORAES DIAS para revogar a prisão preventiva. A parte dispositiva dessa decisão recebeu a seguinte redação:

'Com essas considerações, sem prejuízo de reexame posterior da matéria, defiro a liminar para revogar a prisão preventiva do paciente nos autos do processo n. 6461-96.2014.4.01.3600, determinando (negrito e sublinhado nosso) ao Juízo da 5ª Federal da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso a aplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319) que julgar pertinentes'.

Pois bem, quanto ao primeiro dos fundamentos do habeas corpus, isto é, desnecessidade das medidas cautelares diversas da prisão preventiva, informo que a nossa decisão apenas deu fiel cumprimento à determinação de Supremo Tribunal Federal, pois conforme constou na parte dispositiva daquele decisão, o juízo da 5ª Vara recebeu uma determinação para que aplicasse as medidas cautelares. Em outras palavras, quanto à alternativa entre aplicar ou não as medidas cautelares, os impetrantes devem apresentar postulação diretamente no Supremo Tribunal Federal para fins de ver reformada a decisão do Ministro Dias Toffoli que determinou a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão preventiva.

Por fim, ao mesmo tempo em que o Ministro Dias Toffoli determinou a aplicação das medidas cautelares, também consignou que essas medidas deveriam ser definidas segundo este Juízo entendesse pertinentes. Quanto à pertinência, os impetrantes sustentam falta de adequação e proporcionalidade das medidas cautelares impostas ao paciente.

Pois bem, uma vez tendo o Ministro Dias Toffoli autorizado o juízo, ora autoridade coatora, a eleger as medidas cautelares pertinentes ao caso, exatamente para que não se arguisse no futuro qualquer excesso, tratei de fixar apenas duas das medidas cautelares outrora estabelecidas pelo mesmo Ministro no mesmo caso, em relação ao mesmo paciente (Habeas Corpus nº 123.235), isto é, recolhimento domiciliar e proibição de manter contato, por qualquer meio, com os demais investigados e/ou acusados, à exceção de sua esposa.

E, ainda, apenas para fins de garantir a efetividade do recolhimento domiciliar, determinei a medida cautelar de monitoramento eletrônico, sem a qual a medida cautelar de recolhimento domiciliar torna-se inócua, por ser impossível e sua fiscalização [...].

Com efeito, conforme consignado pelo relator, Desembargador Federal Mário César Ribeiro, o julgado do STF remeteu ao poder discricionário do juízo de origem a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão que julgasse pertinentes ao caso concreto, pelo que não houve exacerbação ou ausência de fundamentação na escolha daquelas medidas.

Corroborando todo o entendimento supra, colaciono excertos de julgados em situações análogas à presente, que, *mutatis mutandis*, também preveem a hipótese de juiz de instância inferior, por delegação, cumprir o que lhe foi determinado por um tribunal ou magistrado dele integrante, sem que isso implique em qualquer ilegalidade. Confrim-se:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. [...]. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR MEDIDAS CAUTELARES. FIXAÇÃO DO PRAZO E CONDIÇÕES NAS QUAIS O PACIENTE DEVE COMPARECER AO JUÍZO. DELEGAÇÃO AO JUÍZO IMPETRADO. LEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

Omissis.

3. O Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da Primeira Região autoriza o Relator a delegar atribuições às autoridades judiciárias de instância inferior.

4. Habeas corpus concedido em parte.

(TRF1. HC 0017396-34.2014.4.01.0000, Terceira Turma, Rel. Des. Federal Mônica Sifuentes, e-DJF1 de 13/06/2014, p. 348 - destaques nossos).

PROCESSUAL PENAL. INCIDENTE DE QUESTÃO DE ORDEM EM HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO DE PRISÕES PREVENTIVAS POR MEDIDAS CAUTELARES (ART. 319, CPP). RECOLHIMENTO DOMICILIAR NOTURNO. PACIENTES QUE TRABALHAM NO INTERIOR DO ESTADO. NECESSIDADE DE RECOLHIMENTO EM DOIS DOMICÍLIOS. AUTORIZAÇÃO. ERRO MATERIAL DO ACÓRDÃO. TROCA DO NOME DO PACIENTE PELO DO IMPETRANTE. RETIFICAÇÃO EX OFFICIO. -

A imposição de medidas cautelares diversas da prisão, nelas incluído o recolhimento domiciliar, não contraria o que restou estabelecido no julgamento dos habeas corpus. Trata-se de procedimento expressamente autorizado pelo colegiado, pelo que seria inviável a reabertura da discussão sem o risco de adulterar o conteúdo daqueles acórdãos. - Por outro lado, ao dar cumprimento à decisão da 1ª Turma, o Magistrado impetrado age em inequívoca delegação, de maneira que os procedimentos que venha a adotar nesse intento são suscetíveis de fiscalização pela Corte.

Omissis.

(TRF5, QUOHC 0001797-10.2015.4.05.000002, Primeira Turma, Rel. Des. Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto, DJE de 09/09/2015, p. 20).

Ante o exposto, acompanhando o voto esposado pelo relator, também eu *denego* a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.

## Quarta Turma

### Exceção de Impedimento Criminal 0047739-25.2015.4.01.3800/MG

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz  
 Autora: Justiça Pública  
 Procuradora: Dra. Letícia Ribeiro Marquete  
 Réu: Francisco de Fátima Sampaio de Araújo  
 Advogados: Dr. Antônio de Paula Oliveira e outro  
 Excipiente: Francisco de Fátima Sampaio de Araújo  
 Advogado: Dr. Antônio de Paula Oliveira  
 Excepto: Juízo Federal da 11ª Vara – MG  
 Publicação: e-DJF1 de 02/03/2016, p. 1.656

## Ementa

*Processual Penal. Exceção de impedimento/suspeição do magistrado. Hipótese não prevista nos arts. 252 e 254 do Código de Processo Penal. Atuação do magistrado em processo judicial e processo administrativo. Possibilidade. Prejulgamento. Não demonstração. Exceção improcedente.*

I. Não se mostram presentes, na espécie, as hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal.

II. A hipótese de impedimento prevista no art. 252, III, se refere apenas a intervenções em outra instância, na esfera judicial e em grau diverso, não comportando interpretação ampliada. Não há impedimento quando o magistrado exerce, na mesma instância, jurisdição criminal após ter atuado em processo administrativo disciplinar. (Precedentes.)

III. Não merece prosperar a alegação de suspeição do magistrado, visto que além de não ter o excipiente demonstrado a presença de qualquer das hipóteses elencadas no art. 254 do CPP, limitou-se a fazer ilações, não demonstrando nos autos, com fatos comprovados, a parcialidade do magistrado. Não se mostra suficiente para afastar o juiz da causa a simples situação de desconfiança ou dúvida quanto à sua parcialidade.

IV. Exceção improcedente.

## Acórdão

Decide a Turma julgar improcedente a exceção, à unanimidade.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 22/02/2016.

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz:* — Cuida-se de exceção de impedimento oposta por Francisco de Fátima Sampaio de Araújo em face do Juiz Federal da 11ª Vara/SJMG, para processo e julgamento da Ação Penal 2008.38.00.012876-5 – nova numeração 0012641-23.2008.4.01.3800.

Alega o excipiente que:

O Juiz Federal JORGE GUSTAVO SERRA DE MACEDO COSTA atuou como presidente do processo Administrativo Disciplinar n. 2879/2009,

instaurado contra o servidor ANÍBAL BRASILEIRO DA COSTA através da PORTARIA N. 10/47-DIREF, de 03/06/2009, baixada pelo Diretor do Foro da Seção Judiciária de Minas Gerais (fl. 10).

[...]

[...] No exercício da presidência do referido Processo Administrativo Disciplinar, o juiz Federal JORGE GUSTAVO SERRA DE MACEDO COSTA proferiu incontáveis atos e decisões, tomando por base as provas e documentos emprestados do inquérito judicial n. 2007/00671/MG e da Ação Penal n. 626-DF, de cujo desmembramento resultou a Ação Penal n. 0026659-44.2011.4.01.3800 em tramitação na 35ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, na qual

restaram como denunciados WELITON MILTÃO DOS SANTOS, ANÍBAL BRASILEIRO DA COSTA, PAULO SOBRINHO DE SÁ CRUZ e o excipiente.

Todos os elementos de prova material, inclusive e principalmente as gravações de interceptações telefônicas, carreados ao bojo dos autos do Processo Administrativo n. 2.879/2009, são provenientes da referida APn 626/DF, de tal forma que não somente a condução dos trabalhos da Comissão de Processo Disciplinar como a produção do Relatório Final conclusivo, em que a Comissão conclui pela prática de infrações previstas na Lei 8.112/90 pelo servidor ANÍBAL BRASILEIRO DA COSTA, estão umbilicalmente relacionados com os fatos apontados pelo MPF na presente Ação Penal.

Não há como julgar qualquer das ações penas derivadas do Inquérito Judicial n. 2007/00671-MG e da Ação Penal n. 626-DF, sem o exame e adoção dos elementos de prova colhidos no referido Inquérito. O mesmo pode ser dito do Processo Administrativo 2.879/2009, cuja instauração foi proposta pelo Corregedor Geral do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no qual a atuação do excepto - Juiz Federal JORGE GUSTAVO SERRA DE MACEDO COSTA, foi a de um colaborador do Corregedor, um longa manus da Corregedoria junto à Seção Judiciária de Minas Gerais, onde o seu envolvimento com os fatos e circunstâncias, com os elementos de prova, com os Juizes e servidores da Seção Judiciária e com os acusados, foi de grande magnitude.

As ações penais de números 2008.38.00.012876-5 Nova Numeração 0012641-23.2008.4.01.3800; e 2008.38.00.012878-2 Nova Numeração 0012643-90.2008.4.01.3800, cuja redistribuição foi feita para a 11ª Vara Federal, e o Processo Administrativo n. 2.879/2009 são desdobramentos do Inquérito 2007/00671-MG, assim como as Ações de Improbidade Administrativa. [...]. (fl. 11).

#### Concluiu afirmando que:

In casu, tem-se que o Juiz Federal da 11ª Vara Criminal da Seção Judiciária de Minas Gerais deveria dar-se por impedido de atuar nos autos da Ação Penal n. 2008.38.00.012876-5 - Nova numeração 0012641-23.2008.4.01.3800, nos termos do artigo 252, incisos I, II e III do Código de Processo Penal, considerado o fato de que atuou em outra instância, na qualidade de Presidente da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar n. 2879/2009 instaurado contra o servidor ANÍBAL BRASILEIRO DA COSTA através da PORTARIA n. 10/47-DIREF, de 03/06/2009, baixada pelo Diretor do Foro da Seção Judiciária de Minas Gerais. (fl. 24)

Ao final, requer seja recebida essa exceção para que seja declarado o impedimento e/ou suspeição do Juiz Federal Jorge Gustavo Serra de Macedo Costa para funcionar no presente feito, remetendo os autos ao substituto legal (v. fl. 27).

O juiz excepto, preliminarmente, arguiu a preliminar de falta de poderes especiais do procurador. No mérito, requereu a improcedência da presente exceção.

Às fls. 137-138, foi juntado aos autos procuração em que o excipiente outorga poderes especiais para a oposição de exceção de suspeição, cujo protocolo ocorreu em 25/09/2015, isto é, posteriormente à resposta apresentada pelo excepto.

Nesta instância, a PRR 1ª Região em parecer do eminente Procurador Regional da República, Dr. Luiz Francisco Fernandes de Souza, opinou pelo acolhimento da exceção de impedimento (fls. 208-211).

É o relatório.

#### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: —* Inicialmente, entendo que não merece ser acolhida a preliminar de falta de poderes especiais do procurador, arguida pelo magistrado.

Embora o excipiente não tenha instruído a inicial com a documentação específica necessária, a saber, a procuração com poderes especiais, verifico que tal vício foi sanado, com a juntada aos autos da procuração de fls. 137-138, outorgando poderes especiais para a oposição de exceção de impedimento/suspeição.

Preliminar rejeitada.

Passo à análise do feito:

As hipóteses de impedimento do magistrado estão elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal, que dispõe:

Artigo 252:

O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou lateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Federais Rosimayre Gonçalves de Carvalho e Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocados).

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Inicialmente, observo que segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, as hipóteses de impedimento elencados no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*. Sobre o tema, cito os seguintes precedentes: HC 92.893/ES, Tribunal Pleno, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 12/12/2008 e RHC 98.091/PB, 1ª Turma, relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 16/04/2010.

No que se refere à alegação de que o magistrado estaria impedido de atuar no feito por ter atuado em processo de natureza administrativa, o tema restou devidamente examinado na manifestação ministerial de fls. 140v-141, que, por oportuno, adoto como razões de decidir, destacando:

Ainda que se conheça desta exceção de impedimento, ela merece ser rejeitada no mérito, como bem demonstrado pelo excepto. É que, conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, não há que se falar em impedimento, com fulcro no art. 252, III, do Código de Processo Penal, quando o magistrado atuou previamente em processos de natureza administrativa, haja vista que tal hipótese legal se refere apenas a intervenções em 'outra instância', isto é, apenas na esfera judicial e em grau diverso.

Destaque-se haver na doutrina consenso acerca do fato de que a citada hipótese legal de impedimento visa essencialmente à preservação do duplo grau de jurisdição. Sobre o alcance de tal norma, elucida Guilherme de Souza Nucci que:

[...] qualquer participação do magistrado em instância diversa, no processo ao qual é chamado à julgar faz nascer o impedimento. Assim se tiver decidido qualquer tipo de questão excetuando-se despachos de mero expediente, pois a lei fala em matéria de fato ou direito em primeiro grau, não poderá integrar colegiado de grau superior, para julgar recurso contra decisão proferida no feito. [...] Importa em desrespeito ao preceituado no art. 252, III, do CPP, quando o magistrado que atuou no processo em primeira instância participa do julgamento da apelação, em segunda instância (...)' (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal (Comentado. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 577).

Ademais, consoante apontado anteriormente, há inúmeros precedentes no Superior Tribunal de Justiça, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, consagrando o entendimento ora exposto, o qual deve ser adotado neste feito, sob pena de violação da jurisprudência das mencionadas Cortes Superiores e da expressa dicção do art. 252, III, do Código de Processo Penal:

Habeas corpus. Processual Penal. Impedimento de desembargadores integrantes de órgão especial que tenham julgado procedimento administrativo disciplinar contra juíza federal e emitido pronunciamento pela imposição de disponibilidade à magistrada. Inexistência. Ordem denegada. 1. Embora a pretensão formulada no writ não guarde relação direta com a liberdade de locomoção da paciente, circunstância que demonstraria a inadequação da via eleita, no caso vertente, diante de aventada ocorrência de nulidade absoluta, há indiretamente um cerceamento à liberdade de ir e vir da paciente, de modo a, excepcionalmente, entender-se cabível a impetração. 2. O disposto no inciso III do art. 252 do Código de Processo Penal merece interpretação restritiva, circunscrevendo-se o impedimento do juiz às causas em que tenha atuado em graus de jurisdição distintos, não comportando a norma ampliação da hipótese taxativamente estabelecida. 3. Ordem denegada.

(STF, Habeas Corpus n. 120.017 - SP, Primeira Turma, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 27/05/2014, DJe 07/08/2014).

HABEAS CORPUS. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO REJEITADA. IMPEDIMENTO OU SUSPEIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ATUAÇÃO DE MAGISTRADO EM PROCESSO JUDICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ATOS QUE DEMONSTREM O COMPROMETIMENTO DA IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que 'as causas de impedimento [...] de magistrado estão dispostas taxativamente no Código de Processo Penal, não comportando interpretação ampliativa. O disposto no art. 252, III, do CPP aplica-se somente aos casos em que o juiz atuou no feito em outro grau de jurisdição como forma de evitar ofensa ao princípio do duplo grau. Não há impedimento quando o magistrado exerce, na mesma instância, jurisdição criminal após ter atuado em processo administrativo disciplinar'. (REsp 1177612/SP Rel. Min. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 17/10/2011). 2. Na espécie, verifica-se que a manifestação do referido Desembargador nos autos dos procedimentos administrativos instaurados perante o Conselho Nacional de Justiça limitaram-se à atuação de natureza administrativa relativa ao cargo então ocupado de Corregedor Regional da Justiça Federal da 2ª Região, não representando prejulgamento da causa, não havendo falar, pois, em impedimento para apreciar os processos judiciais em que figura como réu o ora paciente. Não há que se cogitar ainda, de suspeição, haja vista que não foi demonstrada, consoante destacou o Tribunal de origem, a existência de nenhum ato do Magistrado em questão que indique o comprometimento de sua imparcialidade, nos termos do rol exemplificativo descrito no art. 254 do Código de Processo Penal. Para chegar-se a



conclusão diversa, é necessário o revolvimento do acervo fático probatório amealhado ao feito, o que inviável na via angusta do writ. 3. Habeas corpus denegado.

(STJ, Habeas Corpus n. 324.206 - RJ, Sexta Turma, Rel. Min. MARIA TREREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 04/08/2015, DJe 17/08/2015).

Outrossim, cumpre salientar que as causas de impedimento estabelecidas no art. 252 do Código de Processo Penal conformam rol taxativo de fatos objetivos relacionados à pessoa do magistrado. Por isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, nos mesmos precedentes destacados anteriormente, não admite a criação de causas de impedimento pela via da interpretação extensiva. Diante disso, conclui-se que não há como reconhecer qualquer consistência jurídica à interpretação dada pelo excipiente ao art. 252, III, do Código de Processo Penal.

Por fim, destaque-se que, ainda que, por hipótese, fosse contrariada a jurisprudência iterativa do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo-se a possibilidade de interpretação extensiva ao art. 252 do Código de Processo Penal, a fim de abarcar a atuação do magistrado na esfera extrajudicial, far-se-ia igualmente impossível o reconhecimento do impedimento suscitado pelo excipiente. Isso porque a Comissão da qual participou o excepto foi encarregada de ‘apurar os fatos noticiados no Processo Administrativo Disciplinar n. 2.879/2009 - JFMG, pertinentes ao servidor da Seção Judiciária de Minas Gerais, Aníbal Brasileiro da Costa, matrícula MG17103, aludidos no PEQUEB n. 2008.01.00.018412-0’.

Conclui-se, portanto, que não há identidade entre o objeto de investigação e os sujeitos da Ação Penal n. 2008.38.00.012878-2 e do Processo Administrativo Disciplinar n. 2.879/2009, pelo que não há que se falar em risco de parcialidade do magistrado na condução daquele feito.” (fls. 140v/142).

Assim, não merece prosperar a alegação do excipiente, visto que não se mostram presentes nenhuma das hipóteses elencadas nos dispositivos legais supra.

No que se refere às hipóteses de suspeição do magistrado, estão elencadas no art. 254 do Código de Processo Penal, que dispõe:

Artigo 254:

O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

O entendimento dominante na doutrina é no sentido de que cuida-se de rol exemplificativo, admitindo-se que possam surgir outras situações que retirem do magistrado sua imparcialidade.

Não obstante, não merece prosperar a alegação do excipiente, visto que além de não ter demonstrado a presença de qualquer das hipóteses elencadas no dispositivo legal supra, não evidenciou, com fatos comprovados nos autos, a parcialidade do magistrado, limitando-se a fazer ilações. Não se mostra suficiente para afastar o magistrado do julgamento a simples situação de desconfiança ou dúvida quanto à sua parcialidade.

Guilherme de Souza Nucci, em comentários ao art. 254 do Código de Processo Civil, traz a seguinte nota:

Inexiste em nosso ordenamento jurídico aquilo que se denomina recusatio iudicis, senão apenas a exceptio iudicis, de modo que o afastamento do juiz do processo só se dá, segundo a legislação processual em vigor, quando ficar comprovado, sem rebuços, que o magistrado é efetivamente suspeito ou encontra-se impedido.” (In Código de Processo Penal Comentado, Guilherme de Souza Nucci, 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 633).

Diante do exposto, julgo improcedente a exceção, impondo ao excipiente o pagamento das custas.

É o voto.

## Quarta Turma

*Habeas Corpus* 0070010-79.2015.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)  
 Impetrantes: Ticiano Figueiredo de Oliveira e outros  
 Impetrado: Juízo Federal da 12ª Vara – DF  
 Paciente: Ana Rosa Carvalho Gonçalves Dias de Medeiros  
 Publicação: e-DJF1 de 05/04/2016, p. 722

### Ementa

*Penal. Estelionato. Uso fraudulento de cartão alimentação. Prejuízo suportado pela Caixa Econômica Federal (CEF). Competência da Justiça Federal. Atipicidade da conduta. Não demonstração. Trancamento da ação penal. Impossibilidade.*

I. Sem o aprofundamento do exame da prova, mesmo porque inviável na via escolhida pela impetração, é possível verificar que a CEF, efetivamente, suportou o dano sofrido por sua empregada ao ressarcir-la pela conduta supostamente praticada pela paciente, não encontrando amparo a tese de incompetência da Justiça Federal, pois a fraude perpetrada atingiu diretamente bens e interesses do ente federal, que detinha a posse dos valores.

II. A denúncia, conquanto não tenha mencionado expressamente a CEF como vítima da fraude, descreveu a conduta da paciente com todas as circunstâncias, indicando indícios de materialidade e autoria do crime, existindo ainda nos autos elementos de informação noticiando que o prejuízo causado foi suportado pela empresa pública. A posse do dinheiro pela CEF, que sofreu o prejuízo, é circunstância de si suficiente para atrair a competência da Justiça Federal.

III. O juízo acerca da prova, em termos de certeza (ou não) da participação do agente e a configuração, ou não, do dolo, não podem ser aferidas no âmbito do *habeas corpus*, senão na instrução penal.

IV. A jurisprudência das cortes superiores tem afirmado, ontem e hoje, que o trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus* se rege pela excepcionalidade, vista em face da demonstração da ausência de justa causa, atipicidade da conduta ou extinção da punibilidade, o que não se observa na hipótese.

V. Denegação da ordem.

### Acórdão

Decide a Turma denegar a ordem de *habeas corpus*, à unanimidade.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 15/03/2016.

Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio, relator convocado.

### Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio: — Impetra-se *habeas corpus* em favor de Ana Rosa Carvalho Gonçalves Dias de Medeiros, brasileira, em face de ato da 12ª Vara Federal/DF, que rejeitou questão de ordem arguindo a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal ajuizada em desfavor da paciente, com imputação ao crime previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal — estelionato contra a Caixa Econômica Federal.

Sustenta, ao arguir a incompetência da Justiça Federal sob o fundamento de que “Embora a Caixa Econômica Federal seja classificada como empresa pública, verifica-se que não houve violação direta a bem, serviço ou interesse daquela”; de que o “prejuízo financeiro foi causado em detrimento da empregada Gesilany, já que ela e somente ela foi privada de seus valores”; que “a CEF, de fato, ressarciu o prejuízo sofrido por sua funcionária e isso tem causado a impressão de que a lesada foi, na realidade, a empresa pública”; e de que “a paciente ressarciu todos os valores devidos à empresa (R\$ 1.649,45), como mostram os

comproventes de pagamento anexados aos autos”. Pede também, o trancamento da ação penal, sob a alegação de que a conduta atribuída à paciente seria atípica, pois,

[...] apesar de a denúncia imputar à paciente uma conduta fraudulenta, a mesma não agiu de forma enganadora, muito menos manteve a funcionária que lhe entregou o cartão alimentação, Sra. Sandra, em erro [...].

Processado o pedido sem liminar (fls. 205-206), foram prestadas as informações (fls. 212-213), tendo o Ministério Público Federal nesta instância, em parecer do Procurador Regional da República Osni Belice (fls. 224-230), opinado pela denegação da ordem.

É o relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio: — A denúncia, recebida em razão do provimento do Recurso em Sentido Estrito 21056-31.2008.4.01.3400 (fls. 183-187), afirma que a paciente,

[...] com vontade livre e consciente, obteve mediante fraude o cartão alimentação pertencente à funcionária Gesilany Arruda Renk e dele se utilizou indevidamente sem autorização para pagar as despesas discriminadas à fl. 19 [...].

Anota, ainda, que a paciente

[...] pegou o cartão como se fosse entregar para Gesilany, mantendo em erro o funcionário responsável pela entrega do cartão, tendo, contudo, dele se apropriado e utilizado sem autorização e como se Gesilany fosse [...].

Sem o aprofundamento do exame da prova, mesmo porque inviável na via escolhida pela impetração, é possível verificar que a CEF, efetivamente, suportou o dano sofrido por sua empregada Gesilany ao ressarcir-la pela conduta supostamente praticada pela paciente, não encontrando amparo a tese declinada no *writ* de incompetência da Justiça Federal, pois a fraude perpetrada atingiu diretamente bens e interesses do ente federal, que detinha a posse dos valores.

A denúncia, conquanto não tenha mencionado expressamente a CEF como vítima da fraude, descreveu a conduta da paciente com todas as circunstâncias, apontando indícios de materialidade e autoria do

crime, existindo ainda nos autos (fl. 25) elementos de informação noticiando que o prejuízo causado foi suportado pela empresa pública, como também assim entendeu a decisão impetrada, ao rejeitar pedido de declinação da competência em favor da justiça estadual (fl. 221).

Enfim, sendo o prejuízo sofrido ressarcido pela CEF, que efetivamente suportou o dano, firmase a competência da Justiça Federal, tanto mais que fraude perpetrada atingiu diretamente bens e interesses do ente federal, que detinha a posse dos valores, circunstância já de si suficiente para atrair a competência da Justiça Federal.

Em raciocínio diverso, se apenas Gesilany, como particular, tivesse suportado sozinha todo o prejuízo, o que não ocorreu na hipótese, a competência não seria da Justiça Federal. Julgamento de conflito de competência pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça ilustra bem a questão:

EMENTA. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ESTELIONATO. PREJUÍZO SUPOSTADO APENAS POR PARTICULAR. AUSÊNCIA DE LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Verificando-se que a única pessoa mantida em erro em decorrência do crime de estelionato foi apenas a vítima particular, a qual suportou sozinha todo o prejuízo, não havendo qualquer lesão a bens, serviços ou interesses da Caixa Econômica Federal, a competência para processar e julgar o feito é da Justiça Estadual.

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Caucaia/CE, o suscitado. (CC 125.238/CE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 04/02/2013, DJe 14/02/2013)

Como se verifica, a peça acusatória atende os requisitos do art. 41 – CPP, tendo sido adequadamente recebida, em face da presença de indícios de materialidade e autoria do crime, de modo a ensejar a necessidade de que se proceda à instrução processual.

A afirmação de que a paciente “não agiu de forma enganadora”, ou que “jamais fingiu ser outra pessoa ou deixou de esclarecer sua verdadeira identidade”, são, em tese, elementos constitutivos do tipo penal imputado e que não ficaram indenes de dúvida até o presente momento, de modo a obstar o prosseguimento da instrução processual.

O juízo acerca da prova, em termos de certeza (ou não) da participação do agente e a configuração,

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz e a Exma Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho (convocada).

ou não, do dolo, não podem ser aferidas no âmbito do *habeas corpus*, senão na instrução penal.

A jurisprudência das cortes superiores<sup>1</sup> tem afirmado, ontem e hoje, que o trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus* se rege pela excepcionalidade, vista em face da demonstração da

ausência de justa causa, atipicidade da conduta ou extinção da punibilidade, o que não se observa na hipótese. Somente a instrução processual será capaz de delimitar o âmbito de envolvimento da paciente nos fatos, que não pode ser aferido nesta fase processual.

Em face do exposto — competência da Justiça Federal e necessidade de exame aprofundado das provas para que sejam esclarecidas as circunstâncias do fato —, *denego a ordem de habeas corpus*.

É o voto.

<sup>1</sup> RHC 28.026/SP, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 27/11/2012, *DJe* 04/12/2012; HC 110697, relator: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, Processo Eletrônico *DJe*-197, divulg. 05/10/2012, public. 08/10/2012).

## Quinta Turma

Numeração única: 0029183-21.2009.4.01.3400

Apelação Cível 2009.34.00.029716-4/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes  
 Apelante: Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás  
 Advogados: Dr. Cléber Marques Reis e outros  
 Apelante: Rio Amazonas Energia S/A  
 Advogados: Dr. Marcus Vinícius Souza Mamede e outros  
 Apelados: os mesmos  
 Apelada: Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel  
 Procuradora: Dra. Flávia Oliveira Tavares  
 Publicação: e-DJF1 de 1º/03/2016, p. 563

## Ementa

*Administrativo. Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolados – CCC-Isol. Reembolso devido às termelétricas pelo custo efetivo do combustível. Impossibilidade de limitação da forma de pagamento por meio de ato normativo. Ilegalidade das Resoluções Normativas 347/2009 e 427/2001 da Aneel. Lei 8.631/1993. Decreto 774/1993. Lei 12.111/2009. Decreto 7.246/2010. Apelações improvidas.*

I. Agravo regimental interposto pela Aneel prejudicado pelo julgamento do mérito da controvérsia.

II. Preliminares de litisconsórcio passivo necessário da União e de falta de interesse de agir da impetrante rejeitadas.

III. A Lei 12.111/2009 (que dispõe sobre o serviço de energia elétrica dos sistemas isolados) manteve a Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistema Isolados – CCC-Isol para subsidiar os custos decorrentes da aquisição de combustíveis para a geração de energia elétrica por fontes termelétricas nos sistemas isolados, prevendo, nos termos do § 2º de seu art. 3º, a inclusão no custo total de geração de energia elétrica dos demais custos diretamente associados à prestação do serviço e que não estavam previstos nos incisos de seu § 1º. O Decreto 7.246, de 28/07/2010, que a regulamenta reitera, em seu art. 11, o reembolso dos custos relativos ao preço dos combustíveis para geração de energia elétrica.

IV. Tanto a Resolução Normativa 347/2009 quanto a de número 427/2011 contrariam a legislação em vigor. Tendo a lei que rege a matéria imposto a adoção do reembolso pelo custo efetivo do combustível segundo os valores constantes na fatura, não poderia a Aneel, por intermédio de normas infralegais, impor critérios não previstos pelo legislador e, sobretudo, em prejuízo das usinas termoeletricas sob pena de ferir a necessária garantia de continuidade dos serviços públicos e interferir no equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Precedentes.

V. “Não encontrando as autoras outros fornecedores de combustível dispostos a atender sua demanda, o valor da compra junto à BR Distribuidora deve ser integralmente ressarcida, sendo desarrazoado reduzir de forma fictícia tal reembolso, em se tratando de fornecedor sobre controle da própria União. VI - Não podendo admitir a empresa privada em operar com prejuízo, óbvio que repassará o custo não ressarcido ao consumidor final, encarecendo o preço de consumo de energia elétrica.” (TRF1, AC 0034652-48.2009.4.01.3400/DF, rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1, p. 2.429, de 29/05/2015.)

VI. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que o mandado de segurança não é meio adequado para pleitear a produção de efeitos patrimoniais anteriores à impetração: “O Mandado de Segurança não é a via adequada para a obtenção de efeitos patrimoniais pretéritos à impetração do writ, nos termos da Súmula 269/STF, segundo a qual “o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”, bem como da Súmula 271/STF: “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”. Precedentes.” (STJ, AgRg no RMS 47.638/RS, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 18/11/2015.)

VII. Pedido de concessão de tutela de urgência deferido para determinar à Eletrobrás e à Aneel que observem o comando contido no presente acórdão, que substitui a sentença apelada para reconhecer o direito líquido e certo da empresa Rio Amazonas Energia S.A. ao reembolso da CCC-Isol nos termos do art. 3º da Lei 12.111/2009 e do art. 11 do Decreto 7.246/2010, afastando a incidência das Resoluções Normativas 347/2009 e 427/2011 da Aneel. Como consequência, o fluxo dos repasses correntes do Fundo Setorial CCC deverá ser imediatamente regularizado, impondo-se, em caso de descumprimento injustificado, multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

VIII. Agravo regimental da Aneel prejudicado.

IX. Remessa oficial e apelações da Rio Amazonas Energia S/A e da Eletrobrás a que se nega provimento.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial e às apelações e deferir a tutela de urgência para determinar à Eletrobrás e à Aneel que observem o comando contido no presente acórdão, para reconhecer o direito líquido e certo da empresa Rio Amazonas Energia S/A ao reembolso da CCC-Isol nos termos do art. 3º da Lei 12.111/2009 e do art. 11 do Decreto 7.246/2010, afastando a incidência das Resoluções Normativas 347/2009 e 427/2011 da Aneel. Como consequência, o fluxo dos repasses correntes do Fundo Setorial CCC deverá ser imediatamente regularizado, impondo-se, em caso de descumprimento injustificado, multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Prejudicado o agravo regimental.

5ª Turma do TRF 1ª Região – 24/02/2016.

Desembargador Federal *Néviton Guedes*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes:* — Trata-se de apelações interpostas pelas Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás e pela empresa Rio Amazonas Energia S/A contra sentença que concedeu a segurança

[...] para determinar que a impetrante continue recebendo o reembolso da CCC-ISOL nos termos do artigo 8º, § 2º, da Lei nº 8.631/93, do artigo 25, parágrafo único, do Decreto nº 774/93, e do artigo 3º da Medida Provisória nº 466/09, bem como para afastar a incidência do artigo 6º, III da Resolução Normativa Aneel nº 347/09 ao caso em tela [...] (fls. 421-3).

Posteriormente, após acolher embargos de declaração opostos pela Aneel, o dispositivo da sentença foi acrescido da seguinte determinação:

A incidência do artigo 6º, III da Resolução Normativa Aneel nº 347/09 fica afastada a partir da edição da Medida Provisória nº 466/09 (convertida, com alterações, na Lei 12.111/2009), e, tendo em vista que a ação mandamental não se presta à cobrança de valores nem à produção de efeitos patrimoniais em relação a períodos pretéritos, a determinação contida neste ‘decisum’ somente produzirá seus efeitos a partir da impetração. (466/8).

Os embargos de declaração opostos pela impetrante foram rejeitados (fls. 508-510).

A ação foi impetrada pela empresa Rio Amazonas Energia S/A contra atos do diretor-geral da Agência



Nacional de Energia Elétrica – Aneel e do chefe do Departamento de Administração de Recursos de Terceiros (DFT) das Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás.

O juízo *a quo* assim decidiu adotando o parecer do Ministério Público Federal lançado às fls. 362-3, reconhecendo que a Medida Provisória 466/2009 revogou o disposto no art. 11, § 3º, da Lei 9.648/1998, cujo texto outorgava competência à Aneel para regulamentar o reembolso relativo aos custos com combustíveis por meio da Conta de Consumo de Combustíveis – CCC. Por tal motivo, entende que a Resolução 347/2009 da Aneel não se aplica à hipótese dos autos.

Em sua apelação (fls. 442-452 ratificada à fls. 500-1 e 511-512 após a oposição de dois recursos de embargos de declaração), a Eletrobrás argui, em preliminar, o litisconsórcio necessário da União e a falta de interesse de agir da impetrante. No mérito, sustenta a legalidade da Resolução 347/2009 da Aneel afirmando que a Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolados – CCC/Isol consiste

[...] em uma reserva financeira para cobertura do custo dos combustíveis fósseis, funcionando como conta de compensação, através da qual se realiza o rateio dos ônus e vantagens decorrentes do consumo daqueles combustíveis nas centrais geradoras termelétricas [...].

Acrescenta que,

[...] com a publicação da Resolução Normativa da Aneel 347/2009 foi determinado à Eletrobrás que passasse a limitar os preços considerados para repasse, comparando-os com os disponibilizados no sítio da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, que seriam os preços de referência para limite superior.

Pugna, ao final, pelo provimento de seu recurso.

Recorre a autora (fls. 517-530) pleiteando a reforma da sentença no ponto em que vedou a produção de efeitos patrimoniais anteriores à impetração ao argumento de que

[...] os efeitos patrimoniais decorrentes da concessão da segurança no presente caso são meramente indiretos, pois decorrem da não aplicação da resolução expedida pela Aneel. E por serem indiretos, não há que se falar em impossibilidade de produção de efeitos patrimoniais pretéritos. (fls. 524).

Acrescenta que, se vencida em sua argumentação anterior, deve-se considerar que os efeitos patrimoniais

devem retroagir à data do ato impugnado, na forma da jurisprudência que cita.

Sustenta ainda a necessidade de se afastar o art. 6º, III, da Resolução Aneel 347/2009 desde a sua publicação e não apenas da publicação da MP 466/2009.

Requer, ao fim, o provimento de sua apelação.

Contrarrazões da Aneel, fls. 539-547 e da Rio Amazonas Energia S/A, fls. 548-569.

À fl. 584 consta decisão do juízo de primeiro grau, proferida em 09/05/2012, determinando que a Eletrobrás cumpra o comando da sentença proferida.

Em nova decisão, proferida em 19/02/2013, o juízo *a quo* fixa multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de atraso, pelo descumprimento da sentença, fls. 586-7.

Às fls. 590 e 597 a Eletrobrás afirma estar cumprindo as determinações da sentença proferida.

Consta, às fls. 627-9, decisão datada de 13/05/2013 proferida pela Desembargadora Federal Selene Almeida nos autos do Agravo de Instrumento 0015349-24.2013.4.01.0000, interposto pela Aneel, suspendendo a decisão do juízo de primeiro grau que impunha multa por descumprimento.

Com o recebimento dos autos por esta Corte, o Ministério Público Federal proferiu parecer pugnano pelo não provimento do apelo da impetrante e pelo provimento do recurso da Eletrobrás, fls. 649-650.

Às fls. 655-673 a Rio Amazonas Energia S/A peticionou afirmando a ocorrência de fatos novos (a edição de nova Resolução Normativa, 427/2011, que expressamente revogou a RN 347/2009, mas que repete seus termos) e, invocando o poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC, pleiteou a concessão de tutela de urgência para que as rés

[...] observem o comando sentencial na parte que reconheceu o direito líquido e certo da requerente ao reembolso do CCC-ISOL com base no critério do custo efetivo pago à BR Petrobrás Distribuidora S.A. com a compra do óleo combustível OCA1[...].

Às fls. 733-4 foi proferida decisão em 07/10/2014 deferindo o pedido de concessão da tutela de urgência

[...] para determinar à Eletrobrás e à Aneel que observem o comando sentencial na parte que reconheceu o direito líquido e certo da impetrante ao reembolso do CCC-ISOL nos termos do art. 8º, § 2º da Lei. 8.631/1993 do artigo 25, parágrafo único, do Decreto 774/1993, e do artigo 3º da Medida Provisória nº 466/2009 e afastou a incidência do

artigo 6º, III da Resolução Normativa Aneel nº 347/2009 [...].

A Eletrobrás afirma estar cumprindo a sentença à fl. 742.

Às fls. 759-774 a Aneel interpôs agravo regimental contra a decisão monocrática refutando os argumentos da Rio Amazonas e afirmando que a nova resolução está calcada em novo marco legal: a Lei 12.111/2009.

Às fls. 794-809 a Aneel oferece contestação à chamada “medida cautelar incidental manejada por Rio Amazonas Energia S/A”.

Às fls. 819-841 nova petição da impetrante afirma que,

[...] a despeito de todas as decisões que já foram proferidas no sentido da obrigatoriedade de obediência à lei e ao procedimento aplicáveis ao repasse dos valores auferidos pela conta CCC-ISOL, a Eletrobrás continua retendo ou desviando os valores que auferem de todos os usuários de energia do país, deixando de repassá-los às Usinas que são, por lei, beneficiárias deste pagamento [...]

e sustenta que “a BR Distribuidora negou-se peremptoriamente a fornecer o óleo combustível necessário à geração de energia”. Pede, ao fim, “o imediato repasse do valor necessário ao funcionamento da Usina para os próximos 3 meses”.

Em 08/05/2015 proferi nova decisão (fls. 843-5) determinando à Aneel e à Eletrobrás que demonstrem, de forma cabal, estar dando fiel cumprimento à decisão proferida às fls. 733-4.

Às fls. 849-851 a Rio Amazonas volta a afirmar que o repasse não tem sido realizado e pede, alternativamente, seja garantido o funcionamento da usina até o julgamento definitivo da causa por esta Corte.

Às fls. 867-8 a Eletrobrás afirmou que, durante o ano de 2014, o Tesouro Nacional não realizou tempestivamente todos os aportes mensais deixando o Fundo deficitário. Afirma, no entanto, haverem sido repassado à autora os valores R\$ 24.900.000,00 (vinte e quatro milhões e novecentos mil reais) e R\$ 11.000.000,00 (onze milhões de reais).

Acrescenta que “em momento algum suspendeu os reembolsos exclusivamente à empresa autora”, que

[...] os reembolsos que não foram efetuados decorreram da inexistência de recursos financeiros, devendo ser ressaltado que somente em 2015 o fundo voltou a receber recursos [...]

e que

[...] agora que o Fundo voltou a receber recursos e detém saldo positivo a Eletrobrás encaminhou o valor dos repasses a serem creditados em nome da autora para a Aneel, conforme determinação legal, não tendo esta até o presente momento homologado os créditos para que os reembolsos sejam efetuados [...].

Às fls. 880-5 a impetrante, após haver tomado ciência das alegações da Eletrobrás sobre os repasses, reitera o pedido de regularização do fluxo de repasses correntes dos valores auferidos pela CCC.

A Aneel pede a juntada de novos documentos, fls. 888-893.

Às fls. 895-7, a impetrante reitera o pedido de cumprimento da ordem emanada na decisão monocrática de fls. 843-5 e pede a fixação de multa diária por descumprimento.

Em nova petição, fls. 899-908 a impetrante requer o cumprimento da referida decisão monocrática e a fixação de multa diária.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — De início, consigno que este julgamento torna prejudicado o agravo regimental interposto pela Aneel (fls. 759-774) contra a decisão proferida às fls. 733-4, deferindo o pedido de tutela de urgência*

[...] para determinar à Eletrobrás e à Aneel que observem o comando sentencial na parte que reconheceu o direito líquido e certo da impetrante ao reembolso do CCC-ISOL nos termos do art. 8º, § 2º da Lei. 8.631/1993 do artigo 25, parágrafo único, o Decreto 774/1993, e do artigo 3º da Medida Provisória 466/2009 e afastou a incidência do artigo 6º, III da Resolução Normativa Aneel 347/2009 [...].

A Eletrobrás argui, preliminarmente na sua apelação, o litisconsórcio passivo necessário da União e a falta de interesse de agir da impetrante.

A preliminar de litisconsórcio passivo necessário da União não procede. Os atos impugnados não foram praticados por seus representantes, mas pelos prepostos das rés, Aneel e Eletrobrás.

Igualmente não merece acolhimento a alegação de falta de interesse de agir da impetrante com relação à Eletrobrás. A função daquela sociedade de economia

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente e a Exma. Sra. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada).

mista de recolher quotas destinadas à conta CCC-Isol e repassar os créditos às concessionárias constitui-se em verdadeira atividade de administração da conta, por delegação da Aneel (Decreto 774/1993, arts. 24 e 25). Além disso, o § 1º do art. 1º da Lei 12.016/2009 estabelece que

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

Preliminar rejeitada.

No mérito, a empresa Rio Amazonas Energia S/A impetrou mandado de segurança objetivando a concessão de ordem para que as autoridades apontadas como coatoras se abstivessem de adotar, no reembolso do custo do combustível pela CCC/Isol, a que alega ter direito a impetrante, as restrições constantes do art. 6º, III, da Resolução Aneel 247/2009.

A Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis nos Sistemas Isolados – CCC/Isol foi instituída pela Lei 5.899/1973 com o objetito de viabilizar o rateio dos custos efetivos do consumo de combustíveis para a geração de energia elétrica nos sistemas isolados.

Nessa sistemática de subsídio, a concessionária integrante do sistema isolado compra o combustível que ela irá utilizar na geração de energia elétrica, efetua o pagamento ao fornecedor e solicita reembolso à Eletrobrás (gestora operacional do CCC e que se submete às normas da Aneel), que lhe paga a diferença entre o custo dos combustíveis adquiridos e os custos de geração hidráulica da mesma energia.

A aplicação da CCC-Isol destina-se a assegurar que os consumidores dos sistemas isolados não sejam direta e exclusivamente onerados por terem acesso à energia em condições semelhantes àquela disponível aos consumidores do Sistema Interligado Nacional. A conta promove o rateio entre todos os consumidores dos sistemas isolados e interligado dos custos adicionais de geração de energia elétrica nos sistemas isolados.

Os ônus decorrentes da geração térmica de energia (mais onerosa por utilizar óleo combustível como insumo básico para sua produção) são rateados entre todos os concessionários de distribuição de modo a evitar que a produção de energia nas termelétricas onere em demasia as tarifas estabelecidas para o consumidor e de modo a garantir o suprimento de energia elétrica às populações sediadas em localidades

mais distantes dos grandes centros, não servidas pelo sistema interligado, a preços mais compatíveis com a renda local.

Os critérios de rateio da conta foram estabelecidos pela Lei 8.631/1993 (regulamentada pelo Decreto 774/1993) desdobrando-se a CCC em três subcontas: Norte/Nordeste; Sul/Sudeste/Centro-Oeste e Sistemas Isolados.

A Resolução Normativa Aneel 347/2009 estabelecia limites para os reembolsos efetuados a título da conta CCC/Isol: no reembolso dos combustíveis pela Eletrobrás, aquela empresa pública não mais deverá considerar o custo da aquisição do produto, mas preços de referência divulgados no sítio da Agência Nacional do Petróleo – ANP na internet. Como tais custos são refletidos nas tarifas cobradas dos consumidores finais, busca-se evitar que concessionários como a impetrante possam comprar combustíveis por valores muito altos sabendo que serão reembolsados pelo mecanismo de subsídio.

Na hipótese dos autos, a empresa Rio Amazonas Energia S/A recebe subvenção da Eletrobrás referente ao preço do combustível adquirido da BR Distribuidora (Petrobrás) para a geração de energia elétrica, nele incluídos os encargos e tributos incidentes sobre a operação de compra e venda.

A partir de 2009, por meio da Resolução Aneel 347/2009, posteriormente revogada pela Resolução Aneel 427/2011, a agência reguladora passou a determinar que os repasses pela Eletrobrás somente poderiam observar o preço de referência dos combustíveis apurados pela ANP.

A postura, no entender da parte-autora, é ilegal na medida em que a Lei 8.631/1993 não cria limites ao preço pago pelas concessionárias aos fornecedores de combustíveis, razão pela qual não seria legítima a restrição imposta por ato normativo inferior.

Ocorre que o direito ao reembolso da CCC-Isol, previsto no § 2º do art. 8º da Lei 8.631/1993, foi explicitamente revogado pelo art. 16, I, da Lei 12.111, de 09/12/2009, que dispõe sobre os serviços de energia elétrica nos sistemas isolados. O art. 16, I, da Lei 12.111/2009 assim dispõe (cito):

Art. 16. Ficam revogados:

I - o § 2º do art. 8º da Lei no 8.631, de 4 de março de 1993;”

O § 2º do art. 8º da Lei nº 8.631/93, a seu turno, encontrava-se assim redigido:

“Art. 8º. Fica estendido a todos os concessionários distribuidores o rateio do custo de consumo de combustíveis, incluindo o de biodiesel,

para geração de energia elétrica nos sistemas isolados, sem prejuízo do disposto no § 3º do art. 11 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.

§ 2º. O custo a que se refere este artigo deverá incorporar os seguintes percentuais de todos os encargos e tributos incidentes, devendo o pagamento do rateio ser realizado pelo sistema de quotas mensais, baseadas em previsão anual e ajustadas aos valores reais no próprio exercício de execução:

- I – 100% (cem por cento) para o ano de 2004;
- II – 80% (oitenta por cento) para o ano de 2005;
- III – 60% (sessenta por cento) para o ano de 2006;
- IV – 40% (quarenta por cento) para o ano de 2007;
- V – 20% (vinte por cento) para o ano de 2008;
- VI – 0 (zero) a partir de 2009.

No entanto, apesar de ter revogado o § 2º do art. 8º da Lei 8.631/93, a Lei 12.111/2009 (que dispõe sobre o serviço de energia elétrica dos sistemas isolados, as instalações de transmissão de interligações internacionais no Sistema Interligado Nacional – SIN) *não afastou a CCC para subsidiar os custos decorrentes da aquisição de combustíveis para a geração de energia elétrica por fontes termelétricas nos sistemas isolados*, até porque, nos termos do § 2º de seu art. 3º, previu a inclusão no custo total de geração de energia elétrica os demais custos diretamente associados à prestação do serviço e que não estavam previstos nos incisos de seu § 1º, *in verbis*:

Art. 3º. A conta de Consumo de Combustíveis – CCC, de que tratam o § 3º do art. 1º e o art. 8º da Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993, passará a reembolsar, a partir de 30 de julho de 2009, o montante igual à diferença entre o custo total de geração da energia elétrica, para o atendimento ao serviço público de distribuição de energia elétrica nos Sistemas Isolados, e a valoração da quantidade correspondente de energia elétrica pelo custo médio da potência e energia comercializadas no Ambiente de Contratação Regulada – ACR do Sistema Interligado Nacional – SIN, conforme regulamento.

§ 1º. No custo total de geração de energia elétrica nos Sistemas Isolados, de que trata o caput, deverão ser incluídos os custos relativos:

- I – à contratação de energia e de potência associada;
  - II – à geração própria para atendimento ao serviço público de distribuição de energia elétrica;
  - III – VETADO;
  - IV – aos encargos do Setor Elétrico e impostos;
- e

V – aos investimentos realizados.

§ 2º. Incluem-se, também, no custo total de geração previsto no caput os demais custos diretamente associados à prestação do serviço de energia elétrica em regiões remotas dos Sistemas Isolados, caracterizadas por grande dispersão de consumidores e ausência de economia de escala, conforme especificados em regulamento. (grifos acrescidos)

O Decreto 7.246, de 28/07/2010, que regulamenta a Lei 12.111, de 9 de dezembro de 2009, estabelece (cito):

Art. 11. A CCC reembolsará o montante igual à diferença entre o custo total de geração de energia elétrica para o atendimento ao serviço público de distribuição de energia elétrica nos Sistemas Isolados e a valoração da quantidade correspondente de energia elétrica pelo custo médio da potência e energia comercializadas no Ambiente de Contratação Regulada - ACR do SIN.

§ 1º O reembolso previsto no caput gera efeitos a partir de 30 de julho de 2009.

§ 2º No custo total de geração de energia elétrica nos Sistemas Isolados, deverão ser incluídos os custos relativos:

- I - ao preço da energia elétrica e da potência associada contratadas pelos agentes de distribuição;
- II - à geração própria dos agentes de distribuição, inclusive aluguel de máquinas;
- III - às importações de energia e potência associada, incluindo o custo da respectiva transmissão;
- IV - aos encargos e impostos não recuperados;
- V - aos investimentos realizados em geração própria de energia elétrica;
- VI - ao preço da prestação do serviço de energia elétrica em Regiões Remotas, inclusive instalação, operação e manutenção de sistemas de geração descentralizada com redes associadas; e
- VII - à contratação de reserva de capacidade de que trata o art. 7º, parágrafo único.

§ 3º Desde que não incluídos no preço e no custo de que tratam, respectivamente, os incisos I e II do § 2º, serão também reconhecidos para efeito de reembolso da CCC os custos relativos ao preço dos combustíveis para geração de energia elétrica própria ou de terceiros, incluindo, quando for o caso, as despesas de transporte, de reserva de capacidade de transporte dutoviário e de reserva de consumo mínima. (grifos acrescidos)

Como se vê, o referido decreto, em seu art. 11, § 3º, reitera o reembolso dos custos relativos ao preço dos combustíveis para geração de energia elétrica.

A matéria não é nova na jurisprudência desta Corte, que por diversas vezes apreciou a questão

posta nos autos, como são exemplos os acórdãos relatados pela Desembargadora Federal Selene Almeida no AG 000715-23.2013.4.01.0000, pelo Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian na AC 0034652-48.2000.4.01.3400 e pelo Desembargador Federal Kassio Marques nos Embargos de Declaração na AC 26107-81.2012.4.01.3400. Este último, por haver sintetizado a matéria com os subsídios dos julgados anteriores, merece ter parte do conteúdo do voto transcrito a seguir:

[...] a Quinta Turma deste Tribunal, em Agravo Relatado pela Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, ao examinar a questão, concluiu pela ilegalidade da aplicação de preço médio estabelecido em Tabela da ANP para o reembolso das despesas de combustível utilizado na Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolados – CCC – Isol, desde que esses custos não estejam incluídos nos valores contratados para a geração de energia. Confira-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMBUSTÍVEL PARA TERMELÉTRICAS EM LOCAIS ISOLADOS E NÃO INTERLIGADOS AO SISTEMA NACIONAL. CONTA CCC-Isol. RESTRIÇÃO DOS PAGAMENTOS AO VALOR MÉDIO ESTIPULADO EM PLANILHA PUBLICADA PELA ANP. ARGUMENTO DE BUSCA DE EFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE LEGALIDADE NO PROCEDIMENTO DA Aneel. EXTRAPOLAÇÃO DO PODER REGULAMENTAR. AGRAVO PROVIDO.

1 - A utilização de preço médio de referência fundado em tabela da ANP para o ressarcimento do valor pago por combustíveis fósseis para o funcionamento de termelétricas integrantes dos sistemas isolados não integrados ao sistema nacional, viola o §3º do artigo 11 da Lei nº 12.111/2009, que prevê o reembolso dos custos relativos ao preço dos combustíveis utilizados para a geração da energia, desde que não tenham sido tais valores incluídos no preço projetado para o fornecimento.

2 - A busca da eficiência preconizada pela Aneel não pode conduzir à imposição de prejuízos à empresa geradora, que deve ser ressarcida dos custos efetivamente despendidos.

3 - A lei é a baliza a ser observada no exercício do poder regulamentar, que uma vez excedido ou inobservado, deve conduzir à declaração da ilegalidade do ato de regulamentação impugnado.

4 - Agravo de instrumento provido para reconhecer o direito da concessionária ao ressarcimento da energia utilizada segundo o valor efetivamente gasto.”

(AG 000715-23.2013.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.913 de 19/07/2013)

Do voto da Eminente Desembargadora, por sua precisão, colho o excerto:

“... Em outras palavras, descontados os montantes correspondentes ao custo médio da energia e potência comercializadas, os demais custos deverão ser reembolsados à geradora de energia por meio da CCC/ISOL.

A Resolução 427/2012, por sua vez, estabeleceu o seguinte:

“Art. 11. Para fins de reembolso do custo total de geração, somente será reconhecido pela Eletrobrás, como limite, o valor gasto em combustível fóssil considerando o ‘preço de referência’.

§ 1º O preço de referência, que consiste no valor médio praticado no mercado local (município onde se encontra a usina ou o mais próximo, caso não haja pesquisa de mercado no local), conforme pesquisa de mercado, realizada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível – ANP e publicada em seu sítio na internet, será utilizado da seguinte forma:

I – óleo diesel: a referência será o preço de compra pelos postos de combustíveis;

II – óleo combustível (OC1A): a referência será o preço médio de produtores por região ou por localidade, ao qual deve ser acrescida a margem de distribuição informada pela distribuidora de combustíveis, que será equiparada à margem praticada para o óleo diesel, caso não apresente os valores específicos;

III – combustíveis de uso exclusivo das centrais termelétricas (óleo combustível para turbinas geradoras de energia elétrica – OCTE e o óleo combustível para geração elétrica – PGE): será considerada, para fins de reembolso do custo de geração, a mesma base de preços, respectivamente, do óleo diesel e do óleo combustível (OC1A), até que se comprove a necessidade da prática de preços superiores.”

Dessa forma, limitou o reembolso do combustível ao preço de referência dos combustíveis sem ICMS, publicado pela ANP em seu sítio na internet; acrescidos da margem de distribuição do referido combustível.

Os fatos narrados pela agravante e a resposta da Aneel, demonstram efetiva ofensa, por parte da agência agravada ao princípio da legalidade, na medida em que, tanto a Resolução Normativa nº 347/2009 quanto a de nº 427/2011 inovam no ordenamento jurídico com relação aos critérios de reembolso da Conta de Consumo de Combustíveis – CCC, criada pela Lei nº 5.899/73 e regulamentada pelo Decreto nº 7.246/2010.

Tendo a Lei que rege a matéria imposto a adoção do reembolso pelo custo efetivo do combustível segundo os valores constantes na fatura, não pode a Aneel criar novos critérios em prejuízo das usinas termelétricas sob pena de ferir a necessária garantia de continuidade dos serviços



públicos e interferir no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A utilização de um valor médio para o pagamento do combustível, a despeito da competência regulamentar deferida à Aneel, impõe um ônus à geradora, sem qualquer demonstração de que exista alguma fornecedora de combustível na região disposta a receber como pagamento o valor que a agência reguladora (Aneel) com amparo na planilha de outra agência reguladora (ANP) reputa o adequado à remuneração ou pagamento pelo combustível adquirido e utilizado...”

Portanto, tenho que a aplicação do comando inscrito nesses dispositivos, tal como originalmente afirmado no Mandado de Segurança manejado perante o juízo de base, resulta em direito líquido e certo ao reembolso do total dos gastos efetivamente suportados pela Agravante.

Observo, no ponto, que o direito de reembolso vindicado está amparado em dispositivo de lei, e qualquer norma administrativa que eventualmente venha obstar ou reduzir a sua aplicação, a exemplo da Resolução 427/2011-Aneel, exorbitará de sua finalidade regulatória.

Ademais, no julgamento da AC-346524820094013400 – em acórdão relatado pelo Ilustre Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, pendente de publicação –, a Egrégia Turma Sexta, refluindo no entendimento anteriormente adotado, deu provimento à apelação das autoras para julgar integralmente procedente o pedido por elas deduzido em caso análogo.

Entrega de combustível nos Sistemas Termoeletrônicos Isolados – preço do combustível superior ao do fornecimento no Ambiente de Contratação Regulada – ACR.

No plano de execução material do contrato, realmente, a localização afastada das Usinas Termelétricas que atuam nos Sistemas Isolados é fator que onera diretamente o preço de aquisição dos combustíveis que utilizam, em razão da natural infraestrutura que é exigida para o transporte, acondicionamento e entrega de combustível nessas localidades, ao qual pouquíssimas, se não apenas uma distribuidora, está habilitada, motivo pelo qual não é possível limitar o ressarcimento dos valores de combustíveis pagos pela Embargante, geradora de energia integrante do Sistema Isolado, à tabela de preços da Aneel, composta a partir de parâmetros que não consideram o custo da infraestrutura necessária à condução e entrega de combustível em localidades distantes.

Assim, merece acolhimento, e estão em sintonia com os elementos de fato e de direito constantes dos autos, as razões articuladas pela Embargante no sentido das peculiaridades que resultam no maior preço que é praticado na comercialização de combustível que atende às áreas isoladas (fl. ):

“[...] No entanto, o acórdão, partindo de premissa equivocada e sem a devida fundamentação, entendeu que a Impetrante estaria obtendo “LUCRO” ao adquirir combustível junto à BR Distribuidora e que não teria havido prova de que a Impetrante não poderia comprar de outra distribuidora.

A realidade, como demonstrado, é diametralmente oposta.

O remédio constitucional busca evitar exatamente que não se torne inviável a prestação da atividade pela Impetrante, porquanto as diferenças no reembolso previsto em Lei são gigantescas.

Apesar das limitações criadas e impostas, a própria Aneel reconhece que a BR Distribuidora/Petrobras, para atendimento à demanda dos sistemas isolados, comercializa o combustível em PREÇOS MUITO SUPERIORES à média indicada pela ANP, a qual é utilizada pela própria Aneel como parâmetro para reembolso pela CCC-isol.

Veja-se: É fato incontroverso e notório que a Impetrante não tem o controle sobre os preços praticados pela Petrobrás, empresa que possui notoriamente o MONOPÓLIO NATURAL para fornecimento do óleo diesel nestas remotas regiões, onde se encontra grande parte dos sistemas isolados.

Frisa-se que A PETROBRÁS, É A ÚNICA EMPRESA QUE CONSEGUE EFETUAR A DISTRIBUIÇÃO DO COMBUSTÍVEL, PRINCIPALMENTE NO INTERIOR DO ESTADO, NAS ÁREAS MAIS REMOTAS.

Ou seja, certamente existem outros distribuidores na região amazônica, mas a ÚNICA CAPACITADA para atender a todo Estado é a Petrobrás, sobretudo nas regiões remotas.

Isto porque a PETROBRAS, devido ao expressivo volume da demanda de combustível da Impetrante e de sua necessidade incondicional de garantia de suprimento, É A ÚNICA DISTRIBUIDORA CAPACITADA AO ATENDIMENTO DO MONTANTE DE COMBUSTÍVEL NECESSÁRIO PARA A GERAÇÃO ELÉTRICA DA REGIÃO.”

Registro, nessa linha, que em 18/06/2014 o Diário Oficial da União publicou a homologação do Pregão Eletrônico 299/2012, no qual o objeto contratual, referente à “aquisição de Contratação de empresa ou consórcio de empresas para fornecimento de combustíveis fósseis e derivados de petróleo para uso exclusivo nas Usinas Termelétricas das empresas de Distribuição da Eletrobrás que atuam nos Sistemas Isolados referente à demanda das Centrais Elétrica de Rondônia S.A.”, foi adjudicado à Petrobrás Distribuidora S.A – BR, em detrimento de diversas outras distribuidoras.

Esse fato, ao meu sentir, embora não seja essencial ao julgamento da causa, ratifica os fundamentos de fato e de direito apresentados pela Embargante nas diversas oportunidades em que se manifestou nos autos. Confira-se o teor dessa publicação:

“PREGÃO ELETRÔNICO Nº 299/2012 - AMAZONAS ENERGIA S/A.

A Gerente do Departamento de Logística e Suprimentos da Centrais Elétricas de Rondônia S.A - CERON, com base na Lei n.º 8.666/93, Lei n.º 10.520/02, Lei Complementar n.º 123/06, , Decreto n.º 5.450/05, Decreto n.º 6.204/07, Relatório à Diretoria Executiva nº PR-007-C/2014, de 26/05/2014, Resolução da Diretoria Executiva nº RES-047/2014, de 27/05/2014 e Deliberação do Conselho de Administração nº DEL-018/2014, de 30/05/2014, torna público a, homologação do PREGÃO ELETRÔNICO n.º 299/2012 – Contratação de empresa ou consórcio de empresas para fornecimento de combustíveis fósseis e derivados de petróleo para uso exclusivo nas Usinas Termelétricas das empresas de Distribuição da Eletrobrás que atuam nos Sistemas Isolados referente à demanda da Centrais Elétrica de Rondônia S.A., adjudicado pelo Pregoeiro da Amazonas Distribuidora de Energia S/A., grupo 03 no valor de R\$ 597.186.684,50 (quinhentos e noventa e sete milhões cento e oitenta e seis mil seiscentos e oitenta e quatro reais e cinquenta centavos à empresa Petrobras Distribuidora S.A - BR, determinando que as ações concernente às atuais deliberações sejam providenciadas pelos setores competentes.

Porto Velho-RO, 16 de junho de 2014

DAIANE BARROSO INHAQUITES

Gerente do Departamento de Logística e Suprimentos” (obtido em [http://www.Aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2014/025/documento/aviso\\_da\\_ap\\_025\\_2014\\_publicado\\_no\\_dou\\_de\\_\\_18\\_06\\_14\\_secao\\_3\\_pag\\_\\_71.pdf](http://www.Aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2014/025/documento/aviso_da_ap_025_2014_publicado_no_dou_de__18_06_14_secao_3_pag__71.pdf), acesso em 07/11/2014)

Cabe ainda referir, conforme aduzido pela Embargante, que a Lei 12.783, de 11/01/2013, alterando a Lei 10.438, de 26/04/2002, afastou dos consumidores o repasse do pagamento de valores utilizados no pagamento da CCC – Isol, transferindo esse encargo à Conta de Desenvolvimento Energético – CDE:

“Art. 23. A Lei no 10.438, de 26 de abril de 2002, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 13. Fica criada a Conta de Desenvolvimento Energético - CDE visando ao desenvolvimento energético dos Estados, além dos seguintes objetivos:

I - promover a universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional;

[...]

II - garantir recursos para atendimento da subvenção econômica destinada à modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica aos consumidores finais integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda;

III - prover recursos para os dispêndios da Conta de Consumo de Combustíveis - CCC;”

De tal modo, também não ampara a Embargada o argumento de que a elaboração de Tabela de Preços de Combustíveis, com preços médios praticados em mercados diversos dos situados em áreas isoladas, desempenha função social e busca a menor onerosidade do público consumidor.

Dispositivo

Ante o exposto, dou provimento aos Embargos de Declaração para, atribuindo-lhes excepcional efeito modificativo, reformar, em parte, o acórdão embargado e dar integral provimento ao recurso de apelação.”

O referido acórdão restou assim ementado:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LIMITAÇÃO DE REEMBOLSO DA CONTA DE CONSUMO DE COMBUSTÍVEIS DO SISTEMA ISOLADO –CCC– ISOL AOS PREÇOS MÉDIOS FIXADOS PELA Aneel MEDIANTE RESOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO AO RESSARCIMENTO INTEGRAL PREVISTO NA LEI 12.111/2009, ART. 3º E NO DECRETO 7.246/2010, ART. 11. RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 427/2011/ Aneel. EXTRAPOLAÇÃO DE SUA FINALIDADE NORMATIVA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROVIDOS, COM EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. A Resolução Normativa nº 427/2011, editada pela Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel, ao fixar valores médios, fundados em suas próprias planilhas, para limitar os reembolsos efetuados a título da Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolados - CCC-Isol, destinados às Usinas Termelétricas pertencentes aos sistemas isolados, extrapola sua finalidade regulamentadora e viola direito previsto na Lei 12.111/2009, artigo 3º e no Decreto 7.246/2010, art. 11, que garantem o integral ressarcimento dos custos relativos ao preço dos combustíveis para geração de energia elétrica. Precedentes: AC-346524820094013400, Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, DJ de 29.5.2015; AI-715-23.2013.4.01.0000, Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, DJ de 19.7.2013.

2. A localização afastada das Usinas Termelétricas que atuam nos Sistemas Isolados é fator que onera diretamente o preço de aquisição dos combustíveis que utilizam, em razão da natural infraestrutura que é exigida para o transporte, acondicionamento e entrega de combustível nessas localidades, ao qual pouquíssimas, se não apenas uma distribuidora, está habilitada, motivo pelo qual não é possível limitar o ressarcimento dos valores de combustíveis pagos pela Embargante, geradora de energia integrante do Sistema Isolado, à tabela de preços da Aneel, composta a partir de parâmetros que não consideram o custo da infraestrutura necessária à condução e entrega de combustível em localidades distantes.

3. Embargos de Declaração ao quais se dá provimento, para, atribuindo-lhes excepcionais efeitos modificativos, reformar, em parte, o acórdão embargado e dar integral provimento ao recurso de apelação.

(EDAMS 0026107-81.2012.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Sexta Turma, julgado em 18/05/2015)

Como se viu, em síntese, a jurisprudência de nosso Tribunal tem afirmado a ilegalidade dos atos normativos eventualmente expedidos pela Aneel, como são exemplos as resoluções aqui sob discussão, que, em desconsideração ao que dispõe o § 3º do art. 11 da Lei 12.111/2009, imponham a

*[...] utilização de preço médio de referência fundado em tabela da ANP para o ressarcimento do valor pago por combustíveis fósseis para o funcionamento de termelétricas integrantes dos sistemas isolados não integrados ao sistema nacional [...].*

Tendo a lei que disciplina a matéria estabelecido a adoção do reembolso pelo custo efetivo do combustível, considerados os valores constantes na fatura, não poderia a agência reguladora “criar novos critérios em prejuízo das usinas termoeletricas”.

A sentença, corretamente, afastou a aplicação da Resolução Normativa Aneel 347/2009 — que regulava o valor do reembolso do combustível usado na usina termelétrica baseado em tabela fornecida pela ANP —, desde a edição da Medida Provisória 466/2009, que revogou o art. 11, § 3º, da Lei 9.648/1998, cujo texto outorgava competência à Aneel para regulamentar a questão do reembolso quanto aos custos com os combustíveis (CCC).

Com a edição da Resolução 427/2011, a Aneel *voltou a regular o reembolso da CCC-Isol em flagrante descumprimento ao comando exarado na sentença mandamental*, que expressamente afastou a autorização que a Agência detinha de regular o referido setor, pois ela “*não possui mais a competência para regulamentar o reembolso do combustível e a Medida Provisória 466/2009 vem regulando tal questão*” (cf. fl. 422).

Portanto, da sentença proferida, corretamente, pode-se inferir que não apenas a Resolução 347/2009, mas também a Resolução 427/2011, por conterem os mesmos vícios, foram alcançadas pela nulidade decretada no comando ali proferido.

A questão aqui consiste em saber qual o alcance material da sentença proferida. Em justa adequação com o tema, a doutrina tem desenvolvido esforço

particular para delimitar os efeitos do comando sentencial, especialmente quando se cuida de saber qual a eficácia objetiva da sentença quando transitada em julgado.

A princípio, apenas o dispositivo da sentença revela-se apto a revestir-se da autoridade da coisa julgada. No entanto, não se pode esquecer a observação de que o dispositivo de uma sentença não pode ser corretamente entendido apenas no seu sentido meramente formal, podendo o comando do juiz ser encontrado em outras partes da sentença. Além disso, o que é aqui mais importante, embora não façam coisa julgada, a causa de pedir e bem assim os fundamentos tomados pelo magistrado para decidir, no mais das vezes, mostram-se úteis para compreender e melhor interpretar o dispositivo.

Em perfeita sintonia com esses ensinamentos, o STJ já acentuou que

*A coisa julgada, consubstanciada no dispositivo e na fundamentação da decisão judicial transitada em julgado, está delimitada pelo pedido e pela causa de pedir apresentados na petição inicial do processo de conhecimento; devendo a execução do título executivo judicial processar-se nos exatos limites objetivos da demanda, de modo que a coisa julgada produzirá efeitos enquanto perdurar a situação fático-jurídica descrita na causa de pedir [...].*

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 165 E 535, INCISOS I E II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. REAJUSTE DE 3,17%. EMBARGOS À EXECUÇÃO. MEDIDA PROVISÓRIA N.º 2.225/2001. OFENSA À COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. LIMITES DA RES JUDICATA. PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. ALCANCE. MANUTENÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICO-JURÍDICA APRESENTADOS NA INICIAL. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO DO SERVIDOR PÚBLICO A REGIME JURÍDICO. LEI N.º 9.030/95. INCORPORAÇÃO DO ÍNDICE ÀS FUNÇÕES GRATIFICADAS E CARGOS COMMISSIONADOS. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 07/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA DIVERGÊNCIA.

[...]

5. A coisa julgada, consubstanciada no dispositivo e na fundamentação da decisão judicial transitada em julgado, está delimitada pelo pedido e pela causa de pedir apresentados na petição inicial do processo de conhecimento; devendo a execução do título executivo judicial processar-se nos exatos limites objetivos da demanda, de modo que a coisa julgada produzirá efeitos enquanto perdurar a situação fático-jurídica descrita na causa de pedir.

Precedentes.

[...]

(REsp 1180058/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 03/04/2012).

Portanto, considerada a eficácia objetiva do comando exarado na sentença, que apenas se permite bem avaliar em observância e conjugação com os fundamentos da decisão, no caso concreto, conclui-se, com facilidade, que sentença mandamental não afastou apenas a aplicação da Resolução 347/2009, mas, também, toda e qualquer resolução da Aneel que pretenda regulamentar o reembolso de combustível naquele setor. Evidentemente, não se poderia aceitar, até por motivos de ordem prática, que, após reconhecida a ilegalidade de ato normativo por ela editado, pudesse a Administração Pública, em flagrante desrespeito à autoridade que emana das decisões judiciais, expedir novo ato, mas com o mesmo conteúdo e os mesmos vícios, de ordem a burlar o sentido e o comando de uma sentença (cito):

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO E DE INTEMPESTIVIDADE DO WRIT AFASTADAS. NULIDADE DA PORTARIA INAUGURAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DECLARADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PUBLICAÇÃO DE NOVA PORTARIA COM OS MESMOS VÍCIOS. DESRESPEITO À COISA JULGADA. 1. Na espécie dos autos, não merece prosperar a preliminar suscitada pela apelante de carência de direito líquido e certo, porquanto a documentação apresentada com a inicial é hábil a aferir, de plano, se houve ou não lesão a direito líquido e certo. 2. É tempestivo o presente writ, posto que a Portaria/INCRA n.º 187/2002 foi publicada no dia 09.04.2002, sendo que o writ foi impetrado na data de 07.08.2002, dentro do prazo de 120 dias. 3. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça anulou a Portaria INCRA/P n.º 249/96, em razão de que a mesma não descreveu, sequer sumariamente, os fatos objeto de investigação. Após a expedição da ordem por aquela alta Corte, o INCRA voltou expedir Portaria n.º 323/2000, que no essencial, não difere em nada da anterior. 4. É inerente à ordem judicial de anulação de um ato administrativo que ele não poderá, de nenhum modo, ser revigorado, de forma idêntica. Há coisa julgada em favor do impetrante em razão da declaração de nulidade da Portaria nos termos estabelecidos pela decisão do STJ e, por isso, seria defender o descrédito das decisões judiciais permitir que outra idêntica, com os mesmos equívocos, pudesse ser expedida, após a declaração de nulidade pelo Judiciário 5. Anulada a portaria que designou a comissão de processo administrativo disciplinar, nula por sua vez a portaria que converteu

anterior exoneração do impetrante em destituição do cargo em comissão (Portaria n.º 187/2002), por falta de fundamento válido de existência. 6. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, não providas. (AMS 0024099-83.2002.4.01.3400 / DF, Rel. JUIZ FEDERAL MARK YSHIDA BRANDÃO, 1ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.309 de 28/02/2012)

Nesse contexto, a Resolução Normativa Aneel 427/2011, ao fixar valores médios para limitar os reembolsos efetuados a título da Conta de Consumo de Combustíveis Fósseis dos Sistemas Isolados – CCC-Isol, destinados às usinas termelétricas pertencentes aos sistemas isolados, extrapola sua finalidade regulamentadora e viola direito previsto na Lei 12.111/2009, art.3º e no Decreto 7.246/2010, art. 11, que garantem o integral ressarcimento dos custos relativos ao preço dos combustíveis para geração de energia elétrica. Além disso, conforme expresso comando sentencial, a Aneel “*não possui mais a competência para regulamentar o reembolso do combustível e a Medida Provisória nº 466/2009 vem regulando tal questão*”.

Entretanto, existem outros motivos que determinam a ilegitimidade da regulamentação pela Aneel sobre o reembolso do combustível, já agora de ordem prática.

O isolamento geográfico da usina termelétrica da impetrante — UTE Cristiano Rocha — limita a possibilidade de negócios tão somente com a BR Distribuidora, única a fornecer o óleo combustível específico para térmica “OC1-A”, com a conseqüente submissão aos preços por ela praticados. Em julgados similares desta Corte já se verificou que as demais fornecedoras do óleo OC1-A não demonstram interesse no seu fornecimento para lugares com dificuldade de logística (acesso difícil, feito por meio de embarcações e que depende das condições de navegação dos rios). Não se afigura razoável submetê-la à tabela de preços médios, irrealis para o caso concreto. Nesse sentido, confira-se julgado desta Corte (cito):

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. ENERGIA ELÉTRICA. SISTEMA ISOLADO. INSUMO BÁSICO: ÓLEO COMBUSTÍVEL. SUBVENÇÃO PAGA NOS TERMOS DA LEI Nº 8.631/96. LIMITAÇÃO DA FORMA DE PAGAMENTO POR MEIO DE ATO NORMATIVO (RESOLUÇÃO Aneel Nº 347/2009). POSSIBILIDADE. PERMISSÃO PREVISTA EM LEI. SENTENÇA MANTIDA.

[...]

V - Não encontrado as autoras outros fornecedores de combustível dispostos a atender sua demanda, o valor da compra junto à BR Distribuidora deve ser integralmente ressarcida, sendo desarrazoado reduzir de forma fictícia tal



reembolso, em se tratando de fornecedor sobre controle da própria União.

VI - Não podendo admitir a empresa privada em operar com prejuízo, óbvio que repassará o custo não ressarcido ao consumidor final, encarecendo o preço de consumo de energia elétrica.

VII - Recurso de apelação interposto pelas autoras a que se dá provimento.

(TRF1, AC 0034652-48.2009.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1 p.2429 de 29/05/2015)

Assim, a pretensão da impetrante, quanto ao mérito, procede.

Em sua apelação a Rio Amazonas Energia S/A requer que seja afastada a incidência do art. 6º, III, da Resolução Aneel 347/2009 desde a sua publicação (em 06/01/2009) e não apenas da publicação da MP 466/2009 (em 30/7/2009), posteriormente convertida na citada Lei 12.111/2009. Argumenta a apelante que

[...] os efeitos patrimoniais decorrentes da concessão da segurança no presente caso são meramente indiretos, pois decorrem da não aplicação da resolução expedida pela Aneel. E por serem indiretos, não há que se falar em impossibilidade de produção de efeitos patrimoniais pretéritos. (fls. 524).

Pede, alternativamente, que os efeitos patrimoniais retroajam à data do ato impugnado.

Nesse aspecto, o recurso da impetrante não merece prosperar.

A doutrina de há muito estabeleceu a eficácia *ex nunc* da sentença proferida em mandado de segurança. A jurisprudência a respeito do tema não diverge. O Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que o mandado de segurança não é meio adequado para pleitear a produção de efeitos patrimoniais anteriores à impetração:

*Ademais, o Mandado de Segurança não é a via adequada para a obtenção de efeitos patrimoniais pretéritos à impetração do writ, nos termos da Súmula 269/STF, segundo a qual “o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”, bem como da Súmula 271/STF: “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”. Precedentes.” (STJ, AgRg no RMS 47.638/RS, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 18/11/2015).*

Correta a sentença integrativa, proferida em razão da oposição de embargos de declaração pela Aneel ao concluir expressamente que

*A incidência do artigo 6º, III da Resolução Normativa Aneel nº 347/09 fica afastada a partir da edição da Medida Provisória nº 466/09 (convertida, com alterações, na Lei 12.111/2009), e, tendo em vista que a ação mandamental não se presta à cobrança de valores nem à produção de efeitos patrimoniais em relação a períodos pretéritos, a determinação contida neste ‘decisum’ somente produzirá seus efeitos a partir da impetração. (fls. 466-8).*

Sobre a cominação de multa em sede de mandado de segurança (cito):

MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ESTATUTO DO IDOSO. PRESUNÇÃO ESPECIAL E ABSOLUTA. FIXAÇÃO DE ASTREINTES. POSSIBILIDADE.

1. Na hipótese dos autos, o entendimento do Tribunal de origem destoa da orientação do Superior Tribunal de Justiça, no que diz respeito à possibilidade de cominação de multa em Mandado de Segurança.

2. O STJ admite as medidas de multa e bloqueio de valores, previstas pelo art. 461 do CPC, com o propósito de garantir o fornecimento de medicamento à pessoa necessitada, quando há risco de grave comprometimento da saúde do demandante.

3. Extrai-se do acórdão objurgado (fl. 167/STJ) que houve demonstração, in casu, da real e premente necessidade do recorrido ao medicamento, ressaltando-se que o Sodalício a quo foi criterioso ao afirmar que o Município não afastou nem logrou desconstituir a prescrição médica específica, que ratifica a imprescindibilidade do remédio prescrito.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1487886/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 03/02/2015).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS E FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. POSSIBILIDADE.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.069.810/RS sob o regime do art. 543-C do CPC, decidiu que, “tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação” (REsp 1.069.810/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 6.11.2013).

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no RMS 45.872/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 31/03/2015)



Pelo exposto, *julgo prejudicado* o agravo regimental interposto pela Aneel (fls. 759-744), *nego provimento* à remessa oficial (Lei 12.016/2009, art. 14, § 1º) e às apelações da Rio Amazonas Energia S/A e das Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás, mantendo a sentença recorrida em sua integralidade.

Diante da crítica situação financeira da impetrante exposta reiteradamente por meio das petições de fls. 880-5, 895-7 e 899-908, *defiro o pedido de concessão de tutela de urgência* para determinar à Eletrobrás e à Aneel que observem o comando contido no presente

acórdão, que substitui a sentença de fls. 421-3 e 466-8, para reconhecer o direito líquido e certo da empresa Rio Amazonas Energia S/A ao reembolso da CCC-Isol nos termos do art. 3º da Lei 12.111/2009 e do art. 11 do Decreto 7.246/2010, afastando a incidência das Resoluções Normativas 347/2009 e 427/2011 da Aneel. Como consequência, o fluxo dos repasses correntes do Fundo Setorial CCC deverá ser imediatamente regularizado.

É como voto.

## Quinta Turma

Numeração única: 0007013-55.2009.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2009.34.00.007067-9/DF

Relator:	Desembargador Federal Souza Prudente
Apelante:	Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás
Advogados:	Dra. Sílvia Alegretti e outros
Apelante:	Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade
Procurador:	Dr. Leonardo Sousa de Andrade
Apelados:	os mesmos
Remetente:	Juízo Federal da 7ª Vara – DF
Publicação:	e-DJF1 de 1º/04/2016, p. 141

## Ementa

*Administrativo e Processual Civil. Ato de concentração econômica. Setor elétrico. Fiscalização acerca da aplicação de normas de concorrência. Competência da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel (Lei 9.427/1996, art. 3º, incisos VIII, IX e XIII). Descumprimento da norma do art 54, § 4º, da Lei 8.884/1994. Imposição de multa pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Competência complementar. Legitimidade. Observância do ato normativo vigente na época dos fatos. Princípios da irretroatividade, da anterioridade, da segurança jurídica e do tempus regit actum.*

I. Nos termos do art. 3º, incisos VIII, IX e XIII, da Lei 9.428/1996, compete à Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, em princípio, a adoção de medidas preventivas e repressivas no controle de condutas e de estruturas, bem assim, no tocante à observância da lei de concorrência, no âmbito do setor elétrico, sem prejuízo da competência complementar do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, nos termos do art. 54, *caput*, da Lei 8.884/1994, vigente na época dos fatos narrados nos autos.

II. O descumprimento do prazo fixado no § 4º do referido art. 54 da Lei 8.884/1994 autoriza a imposição de multa pecuniária, observado o mínimo legal de 60.000 (sessenta mil) Ufir e o máximo legal de 6.000.000 (seis milhões) de Ufir (§ 5º), como no caso, observando-se, na dosimetria do seu valor, o ato normativo vigente, na época, no caso, a Resolução Cade 36/2004, afastando-se, por conseguinte, a aplicação da Resolução Cade 44/2007, em homenagem aos princípios da irretroatividade, da anterioridade, da segurança jurídica e do *tempus regit actum*.

III. Em se tratando de sucumbência recíproca, como na hipótese dos autos, a verba honorária deve ser repartida e proporcionalmente compensada entre as partes, nos termos do art. 21, *caput*, do CPC.

IV. Apelação da autora desprovida. Provimento parcial do recurso do Cade. Sentença reformada, em parte.

## Acórdão

Decide a Turma, por maioria, negar provimento à apelação da autora e dar parcial provimento ao recurso do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade.

5ª Turma TRF 1ª Região – 17/02/2016.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, relator.

### Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Souza Prudente*: — Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida pelo Juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da ação ordinária ajuizada por *Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás* contra o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, em que se busca a concessão de provimento judicial, no sentido de que seja anulada a multa imposta à suplicante, por ocasião do julgamento do Ato de Concentração 08012.002534/2007-28, em virtude da suposta intempestividade da apresentação da aludida operação junto ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, pugnando-se, ainda, em caráter sucessivo, a redução do valor da multa, por aplicação da Resolução Cade 36/2004.

A controvérsia instaurada nestes autos restou resumida, na sentença recorrida, com estas letras:

Postula-se, nesta ação ordinária, a anulação da multa aplicada por ocasião do julgamento do Ato de Concentração nº 08012.002534/2007-28, tendo em vista a intempestividade da apresentação da operação ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC. Requeru, subsidiariamente, a redução do valor da multa, levando-se em conta o disposto na Resolução Cade nº 36/2004.

A operação objeto do Ato de Concentração em comento consistiu no ingresso da *Petrobras Distribuidora S/A* no quadro social da *Brasil PCH S/A*, por meio de subscrição de ações, ocorrida em Assembleia Geral Extraordinária, na data de 16/12/2005. A empresa *Brasil PCH S/A* tem por objeto social a implantação de pequenas centrais hidroelétricas, bem como sua administração, construção, planejamento, operação e manutenção, além do desenvolvimento de projetos de geração de energia elétrica renovável.

Diz que, no dia 30/3/2007, notificou espontaneamente a Secretaria de Direitos Econômicos — SDE sobre a operação, após a aprovação e autorização da Aneel. A SDE enviou cópias da documentação para a Secretaria de Acompanhamento Econômico — SEAE e ao Cade, sendo que este último aplicou a multa à autora pela intempestividade na comunicação da operação.

A autora sustenta que a multa, se fosse devida, deveria ter sido aplicada com base na Resolução nº 36/2004, vigente à época dos fatos, e não com base na Resolução nº 44/2007.

Foram antecipados os efeitos da tutela, aceitando-se seguro garantia oferecido em valor não inferior ao da multa (calculado nos termos da Resolução Cade nº 36/2004), acrescido de trinta por cento (fls. 238/9).

Em contestação, o Cade afirmou que sua competência é complementar à exercida pelas agências nos setores regulados, inclusive no de energia elétrica; afirmou o caráter processual das resoluções em questão e realçou ser a Lei nº 8.884/94 que determina a punição pela infração cometida, não havendo que se falar em retroação, mas em modificação de interpretação.

Houve réplica.

As partes não requereram outras provas [...].

O juízo monocrático julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida nos aludidos autos, para

[...] *determinar que o valor da pena pecuniária seja calculado em conformidade com o art. 2º, V da Resolução Cade 36/2004, consubstanciado na planilha de fl. 230, que deverá ser atualizada desde a citação pela taxa Selic [...].*

Em suas razões recursais, insiste a recorrente na concessão integral da tutela postulada, repisando os fundamentos deduzidos na peça de ingresso, destacando que:

a) a multa aplicada deve ser anulada, tendo em vista que a operação de concentração havia sido aprovada pelos órgãos competentes;

b) não cabe ao SBDC exercer o controle de ato proferido por órgão governamental de mesma hierarquia, no caso a Aneel, que é a agência reguladora própria do mercado de energia elétrica do Brasil;

c) o art. 54 da Lei 8.884/94, em que a sentença se baseou, foi revogado pelo art. 90 da Lei 12.529/11, que deixou de considerar ato de concentração os contratados associados, os consórcios e as joint-ventures que forem destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes, portanto, não caberia sua aplicação em razão do princípio

da norma mais favorável e pelo art. 6º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro;

d) a aplicação da multa com base no valor da operação e na situação econômica dos requerentes mostra-se desproporcional, o que configura multa confiscatória e acaba por violar o princípio da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade;

e) a multa deve ser fixada no patamar mínimo legal, prevista no art. 1º, parágrafo único, da Resolução Cade nº 36/2004.

Requer, assim, o provimento do recurso de apelação, para reformar-se a sentença recorrida, julgando-se integralmente procedente a demanda.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade também interpôs recurso de apelação, sustentando, em resumo, a legitimidade do ato impugnado, ao argumento de que, diferentemente do que restou consignado na sentença recorrida, a norma aplicável, na hipótese dos autos, seria a vigente na época em que ocorreu a subscrição das ações da Brasil PCH pela Petrobrás Distribuidora S/A, qual seja, a Resolução Cade 36/2004, e não a Resolução Cade 44/2007, eis que esta somente entrou em vigor no dia 21 de fevereiro de 2007, bem posterior, portanto, ao aludido fato, ocorrido em 16/12/2005. Requer, assim, o provimento do recurso, para que seja parcialmente reformada a sentença monocrática, com a consequente improcedência total da demanda, pugnando, ainda, alternativamente, pela compensação recíproca e proporcional dos ônus da sucumbência, eis que a ação fora julgada apenas parcialmente procedente.

Com as contrarrazões, subiram os autos a este egrégio Tribunal, por força, também, da remessa oficial interposta.

A douta Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento do recurso da autora e pelo provimento parcial do apelo do Cade.

Este é o relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Ao examinar a controvérsia instaurada nestes autos, o juízo monocrático pronunciou-se, nestes termos:

[...]

Com parcial razão a autora.

Os fatos da causa estão relacionados com a multa imposta à demandante, em razão

de intempestividade na comunicação de ato de concentração, consistente no ingresso da Petrobras Distribuidora S/A no quadro social da Brasil PCH S/A, por meio de subscrição de ações, ocorrida em Assembleia Geral Extraordinária, na data de 16/12/2005. A Petrobras notificou a SDE no dia 30/3/2007, após a aprovação e autorização pela Aneel e argumenta que tal multa seria indevida por não haver necessidade de comunicar o referido ato ao Cade, além de entender que, caso mantida, a multa deveria ser aplicada com base na Resolução Cade nº 36/2004 e não na Resolução Cade nº 44/2007, tendo em vista a data dos fatos.

A controvérsia em torno da aplicação da multa apoia-se no art. 54 da Lei nº 8.884/94, revogada pela Lei nº 12.529/2011, que dispunha: “Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.”

As locuções “de qualquer forma” e “possam limitar” evidenciavam a escolha do legislador pelos atos que demonstrassem potencialidade para limitar ou prejudicar a livre concorrência, bem como daqueles que viessem a resultar na dominação de mercados de bens ou de serviços. A intenção da lei era a prevenção ou a atuação contemporânea aos mencionados atos, de modo a prevenir ou a alcançar em sua gênese aqueles atos potencialmente danosos à livre concorrência ou ao bom funcionamento dos mercados.

Em razão disso, o parágrafo quarto do artigo citado determinava que os atos devessem ser apresentados para exame prévio ou, no máximo, no prazo de quinze dias de sua realização, sujeitando o faltoso à multa pecuniária de valor não inferior a 60.000 Ufir, nem superior a 6.000.000 Ufir, a ser aplicada pelo Cade.

Eis aí o substrato legal em que se apoiou o Cade para aplicar a penalidade pecuniária, pois a própria autora não nega ter sido intempestiva.

No que diz respeito à competência do Cade, cabe lembrar que o Conselheiro-Relator do Ato de Concentração nº 08012.002534/2007-28 conheceu da operação, porque uma das requerentes tinha apresentado faturamento anual superior a R\$ 400.000.000,00, no Brasil, anteriormente à operação, tal como dispunha o parágrafo terceiro do art. 54 da Lei nº 8.884/94.

Dessa maneira, não encontra amparo o argumento da autora de que o Cade “... não detém compulsória competência para conhecer e analisar ato de concentração já aprovado por órgãos governamentais.” (fl. 8)

Cumpra analisar, por fim, o valor da penalidade pecuniária, considerando o aparente conflito de normas resultante da existência da Resolução Cade nº 36 de 19/5/2004 e da Resolução Cade nº 44 de 14/2/2007.

\* Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes e a Exma. Sra. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada).

A primeira resolução dispunha sobre a dosimetria da multa pecuniária cominada para a apresentação intempestiva de atos de concentração, prevista no § 5º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, produzindo efeitos à época da subscrição de ações pela Petrobras, ocorrida em Assembleia Geral Extraordinária, na data de 16/12/2005.

As duas resoluções tratam da dosimetria da multa pecuniária e têm, portanto, natureza de direito material, ao contrário do que decidiu o Conselheiro Relator no julgamento do Ato de Concentração nº 08012.002534/2007-28. Ao disciplinar a dosimetria da pena pecuniária, evidencia-se o caráter material, o quantum a ser aplicado a cada situação específica delineada pela norma. Não se trata de matéria procedimental, que desvele o iter a ser seguido, mas de definição da própria substância dos valores a serem observados, em face da generalidade da lei, esta, também, de cunho material.

Errou, assim, o Cade, ao valer-se da Resolução no 44/2007, vigente à época do julgamento do ato de concentração. A norma aplicável é a Resolução nº 36/2004, contemporânea à data dos fatos, observando-se o inciso V do art.1º, que define como critério-base da multa aqueles definidos no Anexo I, e levando-se em conta o valor da operação e do faturamento médio anual bruto dos requerentes envolvidos na operação.

Tais valores foram calculados pela autora à fl. 230 e não foram contestados pelo réu, de modo que servirão de base para a sentença.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO, com resolução de mérito (art. 269, 1, do CPC), para determinar que o valor da pena pecuniária seja calculado em conformidade com o art. 2º, V da Resolução Cade nº 36/2004, consubstanciado na planilha de fl. 230, que deverá ser atualizada desde a citação pela taxa Selic.

Custas em ressarcimento. Condeno o Cade ao pagamento de honorários, que fixo em R\$ 9.000,00 (nove mil reais), nos termos do art. 20, § 4º do CPC.

Conforme bem consignou o juízo monocrático, na época dos fatos noticiados nestes autos, encontrava-se em vigor o art. 54, e respectivos §§ 4º e 5º, da Lei 8.884/1994, que assim dispunham:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

[...]

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que

imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à SPE.

§ 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser aplicada pelo Cade, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32. – grifei.

Da leitura isolada dos dispositivos legais em referência verifica-se que, em casos que tais, a competência para a adoção de medidas preventivas e repressivas no controle de condutas e de estruturas, bem assim, no tocante à observância da lei de concorrência, é do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, razão por que, em princípio, atos de concentração de empresas, como no caso, haveriam de ser submetidos à apreciação daquele órgão, previamente ou no prazo máximo de 15 (quinze) dias após a sua realização.

Impende consignar, contudo, que, no âmbito do setor elétrico, assim dispõe a Lei 9.427/1996, que disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, nestes termos:

Art. 3º Além das atribuições previstas nos , III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1o, compete à Aneel:

[...]

VIII - estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si;

IX - zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica;

[...]

XIII - efetuar o controle prévio e a posteriori de atos e negócios jurídicos a serem celebrados entre concessionárias, permissionárias, autorizadas e seus controladores, suas sociedades controladas ou coligadas e outras sociedades controladas ou coligadas de controlador comum, impondo-lhes restrições à mútua constituição de direitos e obrigações, especialmente comerciais e, no limite, a abstenção do próprio ato ou contrato.

Da leitura dos dispositivos legais em referência, verifica-se que a competência para a adoção de medidas preventivas e repressivas no controle de

condutas e de estruturas, bem assim, no tocante à observância da lei de concorrência, no âmbito do setor elétrico, caberia, em princípio, à Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel.

De ver-se, porém, que aquela mesma Lei 9.427/1996, no parágrafo único, do seu art. 3º, dispõe que “no exercício da competência prevista nos incisos VIII e IX, a Aneel deverá articular-se com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça”.

Conforme se vê, em casos assim, a própria legislação de regência não excluiu a atuação dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, não se lhes subtraindo, portanto, a competência prevista no mencionado art. 54 da Lei 8.884/1994.

Com efeito, em decorrência dessas disposições legais, a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, no exercício de seu poder normativo e regulamentar, pode estabelecer critérios que incentivem ou mantenham a livre concorrência no mercado de energia elétrica. Além disso, no exercício de seu poder fiscalizatório, deve acompanhar os movimentos de concentração financeira dos agentes do setor e a ocorrência de eventuais práticas que caracterizem infração à ordem econômica.

Nesse diapasão, o Decreto 2.335, de 6 de outubro de 1997, que constituiu a Aneel em autarquia sob regime especial, estabeleceu as diretrizes de atuação do aludido órgão, estipulando, no art. 13 do seu Anexo I, que

*[...] o exercício da livre competição deverá ser estimulado pelas ações da Aneel, visando à proteção e defesa dos agentes do setor de energia elétrica e à repartição de forma justa dos benefícios auferidos, entre esses agentes e os consumidores [...]*

e que

*[...] a Aneel celebrará convênios de cooperação com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e demais órgãos de proteção e defesa da ordem econômica, com o objetivo de harmonizar suas ações institucionais [...]* (parágrafo único),

do que resultou na formalização de convênios entre os órgãos, celebrando acordos, como o de estabelecer a forma de cooperação técnica visando a resolução de questões referentes à concorrência no setor de energia elétrica, especificamente em relação à análise de atos de concentração econômica e conduta que possam constituir infração a ordem econômica, assim definidos na Lei 8.884, de 1994.

Em outras palavras, à Aneel compete avaliar as questões específicas atinentes à regulação do

mercado. Por sua vez, compete ao Cade tutelar a ordem econômica, de modo que, estabelecida a concorrência entre os agentes econômicos, independentemente do setor em que atuam ser regulado ou não, afigura-se legítima a sua atuação, como forma de evitar possível violação à ordem estabelecida.

Vê-se, assim, que se trata, na verdade, de uma competência complementar, cada órgão atuando na sua respectiva área institucionalmente definida.

Não prospera, pois, a pretensão recursal deduzida pela recorrente, quanto a esse ponto.

\*\*\*

De igual forma, também não vinga a alegação de que, na espécie, teria aplicação da norma do parágrafo 2º do art. 90 da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. *A uma*, porque a legislação em referência somente foi editada muito tempo depois da ação omissiva que ensejou a aplicação da penalidade fustigada nestes autos, a desautorizar a sua observância, em face do princípio da irretroatividade das leis. *A duas*, porque, ainda que assim não fosse, o ato de concentração econômica descrito nos autos não se enquadra na exceção prevista no referido dispositivo, segundo o qual,

*[...] não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes [...]*,

tendo em vista que, conforme bem consignado pelo Cade, em suas contrarrazões de apelação,

*[...] ao contrário do que sustenta a apelação, a subscrição de ações da Brasil PCH pela BR não se confunde com a constituição de um consórcio para participação de uma ou mais licitações públicas [...]*,

eis que as empresas Eletroriver, Acesa e BSB Energética

*[...] disputaram sozinhas as licitações e, somente depois da vitória nos certames e da outorga, por parte da Aneel, de autorizações às sociedades de propósito específico que constituíram para explorar as pequenas centrais hidrelétricas, é que a BR resolveu associar-se à Eletroriver, à Acesa e à BSB Energética e conjuntamente com elas explorar estas pequenas centrais hidrelétricas [...]*.

\*\*\*

De igual forma, também andou bem o juízo monocrático, ao determinar a aplicação, na hipótese dos autos, do ato normativo vigente na época dos fatos, para fins de dosimetria do valor multa, qual



seja, a Resolução Cade 36/2004, não se aplicando, por conseguinte, as normas constantes da Resolução Cade 44/2007, sob pena de violação aos princípios da irretroatividade, da anterioridade, da segurança jurídica e do *tempus regit actum*, mormente por se tratar de norma mais maléfica, como no caso, a desautorizar a reforma da sentença recorrida, também sob esse aspecto.

\*\*\*

Há de ver-se, ainda, que também não prospera a pretensão recursal deduzida pela autora, no que pertine ao montante da multa em referência, eis que arbitrado dentro dos limites estabelecidos no § 5º do art. 54 da Lei 8.884/1994. A referência ao valor da operação e à situação econômica dos requerentes, a que alude o inciso V do art. 1º da sobredita Resolução Cade 36/2004, refere-se, apenas, aos critérios a serem considerados na fixação do *quantum* da multa, que deverá enquadrar-se nos limites fixados no parágrafo único do referido dispositivo normativo, que reproduz o texto legal de regência.

\*\*\*

Por fim, no que pertine à verba honorária, prospera, em parte, a tutela recursal formulada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, tendo em vista que, em sendo o pleito atendido apenas

parcialmente, deve a aludida verba ser reciprocamente compensada, nos termos do art. 21, *caput*, do CPC.

\*\*\*

Com estas considerações, *nego provimento* ao recurso de apelação interposto pela autora da demanda e *dou parcial provimento* ao apelo do Cade, para reformar, em parte, a sentença recorrida, tão somente, no que pertine à verba honorária, nos termos acima explicitados.

Este é meu voto.

## Voto-Vogal Vencido

*A Exma. Sra. Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli:* — Senhor presidente, vou pedir vênias ao posicionamento de vossas excelências, mas penso que o ordenamento jurídico tem que ser coerente, e a mim não me parece coerente uma legislação geral que estabelece o prazo de quinze dias para comunicação do ato de concentração, e outro órgão do governo, que detém competência para avaliar se esse ato é de concentração ou não, naquele ponto específico, seria razoável a imposição de multa. A mim, não me parece razoável e, por isso, peço todas as vênias, mas ousou discordar de vossas excelências e voto pelo provimento do recurso de apelação.

## Sexta Turma

### Apelação Cível 0061205-64.2011.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro  
Apelante: RPS Bar e Restaurante Ltda.  
Advogados: Dr. Ricardo Micheloni da Silva e outros  
Apelada: Junta Comercial do Distrito Federal  
Publicação: e-DJF1 de 07/03/2016, p. 519

## Ementa

*Comercial. Mandado de segurança. Junta comercial. Arquivamento dos atos societários de incorporação. Exigência de apresentação de certidões negativas de débitos junto à secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Ilegalidade. Apelação parcialmente provida. Segurança concedida, em parte.*

I. Conforme entendimento jurisprudencial estabelecido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), somente podem ser exigidos das empresas, com vistas ao arquivamento de seus atos nas juntas comerciais, os documentos expressamente previstos na Lei 8.934/1994, ou em leis posteriores, não se podendo dar ao parágrafo único, do art. 37, que dispõe que “nenhum outro documento será exigido”, interpretação extensiva, para que se admitam outras restrições à autonomia de vontade dos sócios, previstas em leis anteriores (REsp 1.393.724/PR, rel. para acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 04/12/2015).

II. Desse modo, não mais subsistem as exigências de certidões negativas de débitos com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e com a União, porque previstas em leis anteriores (Decreto-Lei 1.715/1979 e Lei 8.036/1990), prevalecendo, apenas, a exigência de certidão negativa do Instituto Nacional do Seguro Social, pois inserida na Lei 8.212/1991 por força da Lei 9.032/1995, lei posterior à Lei 8.934/1994.

III. Sentença reformada, em parte. Segurança parcialmente concedida.

IV. Apelação provida, em parte.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 29/02/2016.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: —* Cuida-se de mandado de segurança impetrado por RPS Bar e Restaurante Ltda. contra ato do presidente da Junta Comercial do Distrito Federal, objetivando que a autoridade impetrada se abstenha de exigir a apresentação de certidões de regularidade fiscal, com fundamento na Instrução Normativa 89-DNRC/2001, bem como para que sejam regularizados todos os registros da impetrante na Junta Comercial do Distrito Federal.

A sentença (fls. 140-144) denegou a segurança, ao fundamento de que a exigência de Certidão Negativa de Débito (CND) tem amparo na Lei 8.212/1991.

A parte impetrante requer a reforma da sentença, ao argumento de que a exigência de apresentação de certidões de regularidade fiscal para o arquivamento dos atos societários de incorporação da empresa, com fundamento na Instrução Normativa 89/2001 do Departamento Nacional de Registro do Comércio, é ilegal, considerando que o rol taxativo de documentos elencados no art. 37 da Lei 8.934/1994 não contempla tal exigência.

Aduz que no art. 47, inciso I, alínea *d*, da Lei 8.212/1991,

[...] não há qualquer menção à necessidade de apresentação de certidão de regularidade fiscal quando do arquivamento de ata societária de INCORPORAÇÃO de empresas [...] (fl. 157),

considerando que, mesmo especificando que a extinção é causa para apresentação de certidão, arrolou as hipóteses em que a exigência da certidão é necessária.

A parte impetrada não apresentou contrarrazões.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: —* Cuida a hipótese de mandado de segurança impetrado por RPS Bar e Restaurante Ltda., objetivando que lhe seja assegurado o direito ao arquivamento dos atos societários de incorporação da empresa na Junta Comercial do Distrito Federal, independentemente da apresentação de certidões de regularidade fiscal.

A sentença denegou a segurança, nestes termos (fls. 141-144):

Os fundamentos lançados na inicial não merecem prosperar. À míngua de fatos e provas que alterem o entendimento esposado na decisão que indeferiu o pedido de liminar, aplico-o a seguir O art. 37 da Lei nº 8.934/1994 arrola os documentos necessários aos pedidos de arquivamento na Junta Comercial e o parágrafo único estatui que nenhum outro documento será exigido das sociedades mercantis.

O art. 47, I, 'd', da Lei nº 8.212/1991, com a redação dada pela Lei nº 9.528/1997, exige a certidão negativa de débito para o arquivamento de atos de alteração societária, senão confira-se:

Art. 47. É exigida Certidão Negativa de Débito-CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos:

I - da empresa:

[...]

d) no registro ou arquivamento, no órgão próprio, de ato relativo a baixa ou redução de capital de firma individual, redução de capital social, cisão total ou parcial, transformação ou extinção de entidade ou sociedade comercial ou civil e

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques e o Exmo. Sr. Juiz Federal César Jatahy Fonseca (convocado).

transferência de controle de cotas de sociedades de responsabilidade limitada;

Como a exigência de CND foi introduzida no ordenamento jurídico por lei editada após a Lei nº 8.934/1994, o argumento de que não se podem exigir outros documentos para o arquivamento além daqueles arrolados em seu art. 37 não procede.

A exigência de CND tem amparo na Lei nº 8.212/1991, o qual importou alteração da Lei nº 8.934/1994 no ponto.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REGISTRO DE ALTERAÇÃO CONTRATUAL. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL. LEGALIDADE.

1. A exigência de apresentação de certidão negativa de débito fiscal para fins de registro de alteração contratual perante a Junta Comercial não se consubstancia ato ilegal ou abusivo, pois esta obrigação possui expressa previsão legal (art. 47, inciso I, alínea d, da Lei 8.212/1991, com a redação dada pela Lei 9.528/1997).

2. Apelação desprovida.

(AMS 2006.38.00.025389-4/MG, Rel. Desembargador Federal Fagundes De Deus, Quinta Turma,e-DJF1 p.165 de 08/07/2011)

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CISÃO PARCIAL DE EMPRESA. ARQUIVAMENTO. JUNTA COMERCIAL. EXIGÊNCIA DE CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS. CABIMENTO.

1. Apela-se de sentença denegatória de segurança requerida contra ato do Secretário do Desenvolvimento da Produção do Departamento Nacional de Registro de Comércio - DNRC, consistente na negativa de arquivamento das atas das assembleias gerais que aprovaram sua cisão parcial, porque não apresentadas certidões negativas de débitos junto ao INSS, à Secretaria da Receita Federal e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

2. Com a vigência da Lei n. 9.528/97, que deu nova redação ao art. 47, I, "d", da Lei n. 8.212/91, no caso de registro ou arquivamento, no órgão próprio, de ato relativo à baixa ou redução de capital de firma individual, redução de capital social, cisão total ou parcial, transformação ou extinção de entidade ou sociedade comercial ou civil e transferência de controle de cotas de sociedades de responsabilidade limitada, é lícita a exigência de Certidão Negativa de Débito - CND, fornecida pelo órgão competente.

3. A Lei nº. 8.036/90 impõe a apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS, fornecido pela Caixa Econômica Federal, para finalidade de registro ou arquivamento, nos órgãos competentes, de alteração ou distrato de contrato social, de estatuto, ou de qualquer documento que implique

modificação na estrutura jurídica do empregador ou sua extinção (art. 27, inciso 'e').

4. Apelação a que se nega provimento.

(AMS 0023909-52.2004.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal João Batista Moreira, Quinta Turma,e-DJF1 p.134 de 30/07/2010)

Insta perquirir, pois, se tal exigência aplica-se à hipótese de incorporação, não mencionada expressamente pelo art. 47, I, 'd', da Lei nº 8.212/91.

A incorporação implica a extinção da pessoa jurídica incorporada, e a extinção foi prevista no dispositivo.

Por isso, a exigência de certidão de regularidade atinente às contribuições previdenciárias é legal.

Como tais contribuições são administradas pela Receita Federal do Brasil e a certidão de regularidade é conjunta, a autoridade impetrada está autorizada a indeferir o arquivamento da ata de incorporação caso a impetrante não apresente as certidões de regularidade pertinentes.

3. DISPOSITIVO

Pelo exposto, *denego a segurança*.

Apesar dos fundamentos da sentença recorrida, merece prosperar em parte a apelação interposta, considerando o entendimento firmado sobre a matéria, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no sentido de que, em casos que tais, somente podem ser exigidos documentos expressamente previstos na Lei 8.934/1994, ou em leis posteriores, prevalecendo, assim, apenas a necessidade de apresentação de certidão negativa do INSS, pois se trata de documento inserido na Lei 8.212/1991, por força da Lei 9.032/1995.

Nesse sentido, trago à colação o voto condutor do acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial 1.393.724/PR, da lavra do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

Pedi vista dos autos para analisar novamente a controvérsia acerca da interpretação do disposto no art. 37, parágrafo único, da Lei 8.394/94, abaixo transcrito:

Art. 37. Instruirão obrigatoriamente os pedidos de arquivamento:

I – o instrumento original de constituição, modificação ou extinção de empresas mercantis, assinado pelo titular, pelos administradores, sócios ou seus procuradores;

II – declaração do titular ou administrador, firmada sob as penas da lei, de não estar impedido de exercer o comércio ou a administração de sociedade mercantil, em virtude de condenação criminal; (Redação dada pela Lei nº 10.194, de 14.02.2001) (Vide Lei nº 9.841, de 1999)

III – a ficha cadastral segundo modelo aprovado pelo DNRC;

IV – os comprovantes de pagamento dos preços dos serviços correspondentes;

V – a prova de identidade dos titulares e dos administradores da empresa mercantil.

*Parágrafo único.* Além dos referidos neste artigo, *nenhum outro documento será exigido* das firmas individuais e sociedades referidas nas alíneas a, b e d do inciso II do art. 32. (sem grifos no original)

Na sessão de 11/02/2014, a Terceira Turma, em julgado de minha relatoria, firmou entendimento no sentido de que Lei 8.934/94 teria derogado dispositivos de leis anteriores que estabeleciam outras exigências para o arquivamento de atos societários nas Juntas Comerciais.

Naquela ocasião, analisou-se a antinomia entre a Lei 8.934/94 e as leis tributárias anteriores, identificando-se uma antinomia de segundo grau, em que há conflito entre os critérios cronológico e da especialidade.

Conclui-se que há de prevalecer o critério cronológico, pois o enunciado normativo “nenhum outro documento será exigido”, contido na Lei 8.934/94, tem conteúdo nitidamente derogatório, excluindo a possibilidade de subsistirem leis anteriores em sentido contrário.

O caso concreto dizia respeito à incorporação de uma sociedade empresária por outra do mesmo setor, tendo-se concedido a segurança para permitir o arquivamento do ato de incorporação, independentemente de apresentação de certidões negativas.

O julgado da Terceira Turma foi assim sintetizado em sua ementa:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. JUNTA COMERCIAL. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA TRIBUTÁRIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. ANTINOMIA JURÍDICA DE SEGUNDO GRAU. CONFLITO ENTRE O CRITÉRIO CRONOLÓGICO E O DA ESPECIALIDADE. HIPÓTESE DE PREVALÊNCIA DO CRITÉRIO CRONOLÓGICO.

1. Exigência, por Junta Comercial, de certidões negativas tributárias como condição para o arquivamento de ato de incorporação de sociedades empresárias.

[...]

3. Antinomia jurídica entre a Lei 8.934/94, ao regular o registro público de empresas mercantis e atividades afins, e leis tributárias específicas anteriores.

4. Possibilidade de aplicação do critério cronológico ou do critério da especialidade, caracterizando um conflito qualificado como “antinomia de segundo grau”.

5. Prevalência excepcional do critério cronológico. Doutrina sobre o tema.

6. Derrogação tácita dos dispositivos de leis tributárias anteriores que condicionavam o ato de arquivamento na Junta Comercial à apresentação de certidão negativa de débitos.

7. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(REsp 1.290.954/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJE 25/02/2014)

Nos presentes autos, o eminente Min. LUÍS FELIPE SALOMÃO, relator, proferiu voto em sentido contrário ao entendimento da Terceira Turma, concluindo pela possibilidade de serem exigidos documentos previstos em leis federais anteriores à Lei 8.934/94, excluindo apenas exigências previstas em normas locais ou infralegais.

Um dos fundamentos do voto do relator é o disposto no art. 34, p.u., do Decreto 1.800/96, que regulamentou a Lei 8.934/94.

A propósito, transcreve-se o art. 34, p. u., do Decreto 1.800/96, litteris:

Art. 34. Instruirão obrigatoriamente os pedidos de arquivamento:

[...]

*Parágrafo único.* Nenhum outro documento, além dos referidos neste Regulamento, será exigido das firmas mercantis individuais e sociedades mercantis, *salvo expressa determinação legal*, reputando-se como verdadeiras, até prova em contrário, as declarações feitas perante os órgãos do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins. (sem grifos no original)

Como se verifica, o decreto foi bastante claro, diversamente da lei, quanto à possibilidade de se exigirem outros documentos por determinação legal.

Deve-se indagar, entretanto, se o decreto não extrapolou as balizas da lei.

Em outra passagem da fundamentação do voto, o relator menciona o art. 32 da Lei 8.934/94, bem como o art. 11 da Lei Complementar 123/06, os quais, interpretados sistematicamente, conduziram ao entendimento de que não teria havido derrogação de dispositivos de leis anteriores à Lei 8.934/94.

Com a devida vênia, embora reconhecendo o sempre cuidadoso trabalho do eminente relator, com os judiciosos fundamentos alinhados em seu voto, bem como a preocupação em resguardar os interesses da Fazenda Pública, peço vênia para divergir, reafirmando o entendimento que manifestei na Terceira Turma.

Efetivamente, a interpretação da lei deve privilegiar aquele sentido que mais se harmoniza com os princípios constitucionais, pois estes se encontram no vértice da pirâmide normativa, de onde emanam normas fundamentais que se irradiam por todo ordenamento jurídico, alcançando inclusive as relações jurídicas de direito privado.

Sobre esse ponto, merece referência treco da doutrina de LEONARDO DE ANDRADE MATTIETTO, em obra coordenada por GUSTAVO TEPEDINO:

As Constituições, por mais extensas que sejam, não encerram todo o complexo de relações jurídicas da vida social, mas seus valores e

princípios não de aplicar-se a todos os setores do ordenamento.

[...]

Cabe entrever que a releitura da legislação ordinária à luz das normas fundamentais, entendida no duplo sentido, por um lado, de interpretação a partir dos princípios constitucionais e, por outro, de justificação da normativa ordinária, sob o perfil funcional, com base na normativa constitucional, consiste em uma metodologia útil e para perseguir constantemente. (Problemas de Direito Civil – Constitucional. P. 167/169)

Nessa esteira, partindo-se da Constituição Federal, a interpretação deve ser conduzida pelos princípios fundamentais da ordem econômica, especialmente o da livre iniciativa, previsto no art. 170 da Constituição nos seguintes termos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Sob a ótica da livre iniciativa, o Estado deve respeitar a autonomia de vontade dos sócios de uma sociedade, não podendo impedir que estes criem, modifiquem ou extingam sociedades empresariais, salvo nos casos expressamente previstos em lei.

A regra do direito brasileiro, portanto, é a livre iniciativa e a autonomia da vontade dos sócios, sendo exceção a interferência estatal.

Nesse passo, verifica-se a norma do art. 37 da Lei 8.934/94, ao impor exigências para a concretização da vontade dos sócios, apresenta natureza excepcional num sistema jurídico regido pela livre iniciativa, devendo, pois, receber interpretação restritiva.

Desse modo, a oração “nenhum outro documento será exigido”, contida na Lei 8.934/94, não pode receber interpretação extensiva, para que se admitam outras restrições à autonomia de vontade dos sócios, previstas em leis anteriores.

Conclui-se, portanto, que somente podem ser exigidos documentos expressamente previstos na Lei 8.934/94, ou em leis posteriores, pois estas, pelo critério cronológico, prevalecem sobre aquela.

[...]

Na linha do entendimento proposto neste voto-vista, a Lei 8.934/94 enumerou taxativamente os documentos a serem exigidos pelas Juntas Comerciais, revogando leis anteriores em sentido contrário.

Desse modo, não mais subsistem as exigências de certidões negativas de débitos com FGTS e com a União, porque previstas em leis anteriores (Decreto-Lei 1.715/79 e Lei 8.036/90).

Prevalece, apenas, a exigência de certidão negativa do INSS, pois inserida na Lei 8.212/91 por força da Lei 9.032/95, lei posterior à Lei 8.934/94 (Lex posterior derogat Lex priori).

[...]

Ante o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial a fim de conceder parcialmente a segurança para determinar à autoridade impetrada que se abstenha condicionar o arquivamento da alteração contratual à apresentação de certidão negativa de débitos da UNIÃO e do FGTS.

O acórdão, em referência, foi assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E EMPRESARIAL. JUNTA COMERCIAL. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA TRIBUTÁRIA. ANTINOMIA JURÍDICA DE SEGUNDO GRAU. CONFLITO ENTRE O CRITÉRIO CRONOLÓGICO E O DA ESPECIALIDADE. HIPÓTESE DE PREVALÊNCIA DO CRITÉRIO CRONOLÓGICO. PREVALÊNCIA DA LIVRE INICIATIVA.

1. Exigência, por Junta Comercial, de certidões negativas tributárias como condição para o arquivamento de ato de transformação de sociedade simples em sociedade empresária.

2. Antinomia jurídica entre a Lei 8.934/94, ao regular o registro público de empresas mercantis e atividades afins, e leis tributárias específicas anteriores.

3. Possibilidade de aplicação do critério cronológico ou do critério da especialidade, caracterizando um conflito qualificado como “antinomia de segundo grau”.

4. Prevalência excepcional do critério cronológico. Precedente da Terceira Turma.

5. Derrogação tácita dos dispositivos de leis tributárias anteriores que condicionavam o ato de arquivamento na Junta Comercial à apresentação de certidão negativa de débitos.

6. Interpretação condizente com o princípio constitucional da livre iniciativa.

7. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, EM PARTE.

(REsp n. 1.393.724/PR – Relator para Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino – DJe de 04.12.2015)

Na linha do entendimento majoritário estabelecido pelo STJ, portanto, a segurança deve ser concedida, em parte, a fim de que a autoridade impetrada se abstenha de exigir da impetrante, com vistas ao arquivamento dos atos societários de incorporação, certidões de regularidade fiscal do FGTS, da SRF e da PGFN.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação.

É o meu voto.



## Sexta Turma

Numeração única: 0005802-39.2004.4.01.3600

Apelação Cível 2004.36.00.005801-6/MT

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian  
 Apelante: Companhia Nacional de Abastecimento – Conab  
 Advogados: Dr. Amaro César Castilho e outros  
 Apelante: Usina Pantanal de Açúcar e Álcool Ltda.  
 Advogados: Dra. Beatriz de Freitas Costa e outros  
 Apelante: Usina Jaciara S/A  
 Advogada: Dra. Miriam Mattioni  
 Apelados: Município de Jaciara – MT e outro  
 Advogado: Dr. Victor Meira Borges  
 Publicação: e-DJF1 de 06/04/2016, p. 973

### Ementa

*Civil e Processual Civil. Ação possessória. Reintegração de posse. Recurso das rés não conhecido por perda superveniente do objeto. Restituição da coisa pleiteada na apelação após a prolação da sentença. Pretensão de indenização por ocupação indevida. Arts. 582 e 1.216 do CC inaplicáveis à espécie. Necessidade de ação própria.*

I. Recurso de apelação das rés não conhecido, pois, prejudicado pela perda superveniente do seu objeto, uma vez que interposto pelas posseiras requeridas com a pretensão de permanecerem na posse da área de que trata a ação de reintegração de posse julgada procedente, no ponto, em primeira instância, sendo que após a prolação da sentença foi comprovada a devolução do bem objeto da lide, cuja restituição foi ratificada pela parte adversa.

II. A *quaestio juris* trazida para julgamento cinge-se à pretensão da Conab de obter indenização decorrente da ocupação irregular do imóvel objeto da lide, tendo em vista a regra dos arts. 582 e 1.216 do Código Civil brasileiro.

III. À luz dos arts. 579 e seguintes do Código Civil, comodato é um contrato unilateral e benéfico fundado na fidúcia entre comodante e comodatário em que o primeiro entrega ao outro uma coisa infungível para ser utilizada por determinado tempo e restituída com o fim da relação contratual. O exame dos autos revela inaplicável a regra do art. 582 do CC para patentear a pretensão de indenização decorrente da utilização indevida do imóvel objeto de ação possessória porque na hipótese inexistente comodato pactuado entre as partes capaz de subsidiar a pretensão ressarcitória. A propósito, a possuidora ocupou a área da requerente apoiada em relação contratual estabelecida com ente federativo que recebeu a área por conta do contrato de cessão de uso com opção de compra e venda firmado com a Conab. Portanto, inexistente vínculo — entre as usinas-possuidoras integrantes dos autos e a Conab — apto a engendrar relação jurídica decorrente de contrato de comodato para gerar a indenização prevista no art. 582 do CC.

IV. O art. 1.216 do CC prevê a responsabilidade do possuidor de má-fé pelos frutos colhidos e percebidos e pelos que deixou de perceber por sua culpa, desde o momento em que se constituiu de má-fé. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal, “[...] incidirão os dispositivos 1214 a 1216 do Código civil quando inexistir prévia relação negocial entre o possuidor e o retomante do bem no que concerne ao destino dos frutos.” (In Curso de Direito Civil, V. 5, 9. ed., 2013, Editora JusPodivm, BA, p. 175). Ou seja, “Os frutos ainda pendentes e os antecipadamente colhidos devem ser abonados ao retomante a partir do momento em que cessar a boa-fé.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 13. ed., v. 5. SP: Atlas, 2013, p. 124.)

V. A pretensão ressarcitória fundada no art. 1.216 do CC é inviável na ação possessória articulada para rescindir pacto contratual e reaver a posse de imóvel cedido em contrato de cessão de uso, com pedido de pagamento de alugueres desde a subrogação, porquanto necessária instrução probatória específica ao propósito ressarcitório do dispositivo civilista que sequer foi aventado na petição inicial. A propósito, “Segundo o princípio da adstrição ou da congruência, deve haver necessária correlação entre o pedido/causa de pedir e o provimento judicial (arts. 128 e

460 do Código de Processo Civil), sob pena de nulidade por julgamento citra, extra ou ultra petita. [...] O provimento judicial está adstrito, não somente ao pedido formulado pela parte na inicial, mas também à causa de pedir, que, segundo a teoria da substanciação, adotada pela nossa legislação processual, é delimitada pelos fatos narrados na petição inicial. [...] Incide em vício de nulidade por julgamento extra petita a decisão que julga procedente o pedido com base em fato diverso daquele narrado pelo autor na inicial como fundamento do seu pedido.” (STJ: REsp 1169755/RJ, rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), 3ª Turma, DJe 26/05/2010.)

VI. Prevalência da decisão de primeira instância que facultou a postulação indenizatória em ação própria.

VII. Ainda que o inciso I do art. 921 do Código de Processo Civil/1993 permita ao autor cumular o pedido possessório com a condenação em perdas e danos, é preciso que esse pedido venha expresso na petição inicial, na medida em que eventual acolhimento da pretensão indenizatória ensejaria julgamento *extra petita* e violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa constitucionalmente protegidos. Precedente do STJ: REsp 1060748/MG.

VIII. Recurso das usinas-rés não conhecido. Apelação da Conab a que se nega provimento.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, não conhecer da apelação das usinas-rés pela perda superveniente do objeto e negar provimento à apelação da Conab.

6ª Turma do TRF 1ª Região – 28/03/2016.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian:*  
— Trata-se de apelações interpostas pela Companhia Nacional de Abastecimento – Conab, pela Usina Pantanal de Açúcar e Alcool Ltda. e pela Usina Jaciara S/A (as duas últimas apelantes com falência decretada – fls. 951-964) contra sentença proferida pela MM. juíza federal substituta da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso que — ao examinar ação possessória proposta pela primeira recorrente em face das duas últimas como também do Município de Jacira – MT com o objetivo de rescindir o contrato de cessão de uso com opção de compra e venda celebrado com a Unidade Municipal em relação ao imóvel constituído do armazém convencional metálico, localizado na Vila Planalto de Jaciara – MT (fls. 20-23), e obter a reintegração de posse do bem com a condenação dos ocupantes ao pagamento de indenização decorrente da ocupação irregular — indeferiu a medida liminar (fls. 812-815), excluiu o Município de Jaciara da lide e concluiu o julgamento na forma do seguinte dispositivo (fl. 880):

Diante do exposto, JULGO EXTINTO o feito, sem resolução do mérito e fundamento no inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil, com relação ao Município de Jaciara-MT e PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, com resolução mérito e fundamento no inciso I do artigo 269 do Código de Processo Civil, para determinar

que as requeridas, USINAS JACIARA S.A. e USINA PANTANAL DE AÇUCAR E ÁLCOOL LTDA., restitua o imóvel à Conab – COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO, no prazo de 30 (trinta) dias, a partir da ciência desta decisão.

Condeno as requeridas USINAS JACIARA S.A. e USINA PANTANAL DE AÇUCAR E ÁLCOOL LTDA. ao pagamento das custas e despesas processuais e fixo os honorários advocatícios em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), considerando os atos praticados no feito e o tempo de tramitação da demanda, nos termos do § 4º do artigo 20 e parágrafo único do artigo 21, ambos do CPC.

Condeno a parte autora, em face do princípio da causalidade, ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Município de Jaciara-MT, que fixo em R\$ 300,00 (trezentos reais), considerando o tempo de tramitação da demanda, nos termos do § 4º do artigo 20 do CPC.

Registre-se. Publique-se. Intimem-se.

2. Em suas razões de recurso (fls. 882-892), a Conab requer o arbitramento de indenização decorrente do uso indevido do imóvel. Sustenta, entre outros argumentos, que

*[...] deve ser reformada a sentença pra vir a serem condenadas as apeladas ao pagamento de valores relativos ao tempo de ocupação indevida, independentemente do fundamento jurídico legal especificado na inicial, vez que, restou patente nos autos a ocupação indevida, ilegal e de má-fé das Apeladas [...]*

e alega, ainda, que

[...] o suporte fático a ensejar a condenação ao pagamento de alugueres (art. 582, CC) e a indenização (art. 1.216, CC), é comum, ou seja, trata da hipótese do possuidor, que não restitui ao tempo e modo, o imóvel a seu legítimo proprietário [...] (fl. 887).

À luz desse entendimento pugna pela fixação de indenização mensal no importe de 10% sobre o valor do imóvel.

3. Por sua vez, a Usina Pantanal de Açúcar e Álcool Ltda. e a Usina Jaciara S/A recorrem, às fls. 906-926, pugnando para que sejam mantidas na posse do imóvel em razão da prorrogação do contrato celebrado com o Município de Jaciara – MT e tendo em vista a boa-fé revelada na relação contratual, como também as benfeitorias realizadas no imóvel e o benefício que a permanência das usinas trazem para economia regional.

4. Após o recebimento da apelação no duplo efeito (fl. 929), os autos subiram a esta Corte com as contrarrazões da Conab, pugnando pelo não provimento do recurso das rés (fls. 931-935). As rés não ofereceram contrarrazões (certidão de fl. 939).

5. Consta, às fls. 943-950, documentos juntados pelas rés-recorrentes noticiando a devolução do imóvel objeto da lide. Às fls. 951-964, sentença proferida pelo MM. juiz de direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Anápolis – GO declarando a falência da Usina Santa Helena de Açúcar e Álcool S/A, Usina Jaciara S/A e da Usina Pantanal de Açúcar e Álcool Ltda.

6. Intimados para manifestarem-se pelo despacho de fl. 970, a Conab requereu o prosseguimento do feito em razão das verbas consecutórias estipuladas na sentença e do pedido recursal de indenização pelo uso indevido do imóvel (fls. 972-979, ratificada às fls. 996-1.017) e, a seu turno, o Município de Jaciara ratifica, às fls. 980-994, a restituição do imóvel e informa que o adquiriu da Conab e já o cedeu para outra finalidade, ao tempo em que requereu a extinção do feito pela perda de objeto. Em seguida, o despacho de fl. 1.019 determinou o prosseguimento do feito.

É o relatório.

### Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal Jirair Aram Meguerian: — Inicialmente, o recurso de apelação das rés não merece ser conhecido, pois, prejudicado pela perda superveniente do seu objeto, uma vez que interposto

pelas possesiras requeridas com a pretensão de permanecerem na posse da área de que trata a ação de reintegração de posse julgada procedente, no ponto, em primeira instância, sendo que após a prolação da sentença foi comprovada a devolução do bem objeto da lide, cuja restituição foi ratificada pela parte adversa.

2. Por essas razões, não conheço do recurso de apelação de fls. 906-926.

3. Assim, a *quaestio juris* trazida para julgamento cinge-se à pretensão da Conab de obter indenização decorrente da ocupação irregular do imóvel objeto da lide, tendo em vista a regra dos arts. 582 e 1.216 do Código Civil brasileiro. A empresa pública federal sustenta que as usinas-rés devem arcar com indenização mensal no importe de 10% sobre o valor do imóvel.

4. Ao decidir pela improcedência desse ponto do pedido, consignou a MMª juíza sentenciante (fls. 879-880):

A parte autora postulou o pagamento dos alugueres pelos réus desde a data da sub-rogação até a data da efetiva restituição do imóvel a ser fixado em 10% do valor do imóvel, nos termos do artigo 585 do Código Civil.

Não é o caso de comodato a relação jurídica entre a parte autora e as requeridas – USINAS, razão pela qual entendo indevidos os alugueres com fundamento em contrato de comodato. Entretanto, nada impede que, posteriormente, seja postulado em outra ação o direito à indenização dos frutos civis, desde a data em que a posse foi considerada de má-fé, nos termos do artigo 1.216 do Código Civil, com pedido específico para tanto.

5. A esse respeito, destaco a prescrição do art. 582 do CC:

Art. 582. O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.

6. Pois bem, à luz dos arts. 579 e seguintes do Código Civil, comodato é um contrato unilateral e benéfico fundado na fidúcia entre comodante e comodatário em que o primeiro entrega ao outro uma coisa infungível para ser utilizada por determinado tempo e restituída com o fim da relação contratual.

7. O exame dos autos revela inaplicável a regra do art. 582 do CC para patentear a pretensão de indenização decorrente da utilização indevida do

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Daniel Paes Ribeiro e Kassio Marques.

imóvel objeto de ação possessória porque na hipótese inexistia comodato pactuado entre as partes capaz de subsidiar a pretensão ressarcitória. A propósito, a possuidora ocupou a área da requerente apoiada em relação contratual estabelecida com ente federativo que recebeu a área por conta do contrato de cessão de uso com opção de compra e venda firmado com a Conab. Portanto, inexistia vínculo — entre as usinas-possuidoras integrantes dos autos e a Conab — apto a engendrar relação jurídica decorrente de contrato de comodato para gerar a indenização prevista no art. 582 do CC.

8. A compreensão de eventual comodato poderia ser estabelecida entre a Conab e o Município de Jaciara, porém, com a exclusão deste último da lide, inaplicável a regra do comodato em relação às usinas-rés, porque inexistente efetiva relação comodatária.

9. Por sua vez, diz o art. 1.216 do Código Civil Brasileiro:

Art. 1.216. O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio.

10. Como se vê, o art. 1.216 do CC prevê a responsabilidade do possuidor de má-fé pelos frutos colhidos e percebidos e pelos que deixou de perceber por sua culpa, desde o momento em que se constituiu de má-fé. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald,

[...] incidirão os dispositivos 1214 a 1216 do Código civil quando inexistir prévia relação negocial entre o possuidor e o retomante do bem no que concerne ao destino dos frutos. (In Curso de Direito Civil, v. 5, 9 ed., 2013, Editora JusPodivm, BA, p. 175).

Ou seja, “Os frutos ainda pendentes e os antecipadamente colhidos devem ser abonados ao retomante a partir do momento em que cessar a boa-fé.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 13. ed., v. 5. SP: Atlas, 2013, p. 124).

11. Ocorre que a pretensão ressarcitória fundada no art. 1.216 do CC é inviável na ação possessória articulada para rescindir pacto contratual e reaver a posse de imóvel cedido em contrato de cessão de uso, com pedido de pagamento de alugueres desde a subrogação, porquanto necessária instrução probatória específica ao propósito ressarcitório do dispositivo civilista que sequer foi aventado na petição inicial. A propósito,

*Segundo o princípio da adstrição ou da congruência, deve haver necessária correlação entre o pedido/causa de pedir e o provimento judicial (artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil), sob pena de nulidade por julgamento citra, extra ou ultra petita. [...] O provimento judicial está adstrito, não somente ao pedido formulado pela parte na inicial, mas também à causa de pedir, que, segundo a teoria da substanciação, adotada pela nossa legislação processual, é delimitada pelos fatos narrados na petição inicial. [...] Incide em vício de nulidade por julgamento extra petita a decisão que julga procedente o pedido com base em fato diverso daquele narrado pelo autor na inicial como fundamento do seu pedido. (STJ: REsp 1169755/RJ, rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), 3ª Turma, DJe 26/05/2010.)*

12. Na linha desse raciocínio, merece prevalecer a decisão de primeira instância que facultou a postulação indenizatória em ação própria.

13. Por fim, ainda que o inciso I do art. 921 do Código de Processo Civil/1993 permita ao autor cumular o pedido possessório com a condenação em perdas e danos, é preciso que esse pedido venha expresso na petição inicial, na medida em que eventual acolhimento da pretensão indenizatória ensejaria julgamento *extra petita* e violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa constitucionalmente protegidos.

14. Corroborando essa compreensão, precedente do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO INEXISTÊNCIA. CUMULAÇÃO DE PLEITO POSSESSÓRIO E INDENIZATÓRIO NA INICIAL DA AÇÃO POSSESSÓRIA. POSSIBILIDADE. AÇÃO POSSESSÓRIA VINDICANDO APENAS A MANUTENÇÃO DE SERVIDÃO DE PASSAGEM E CESSAÇÃO DA TURBAÇÃO DA POSSE DE ÁREA PERTENCENTE À AUTORA. DEFERIMENTO DE INDENIZAÇÃO, POR ALEGADO SUPERVENIENTE ESBULHO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ADSTRIÇÃO DO PROVIMENTO JURISDICIONAL AOS PLEITOS EXORDIAIS.

1. O artigo 128 do Código de Processo Civil concretiza o princípio da demanda, pois impõe ao julgador, para que não prolate decisão inquinada de vício de nulidade, a adstrição do provimento jurisdicional aos pleitos exordiais. Inteligência da Súmula 381/STJ.

2. Por um lado, o artigo 921 do Código de Processo Civil expressamente prevê que, em demandas possessórias, é lícito ao autor cumular ao pedido possessório o de condenação em perdas e danos e de desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse. Por outro lado, o artigo 286, II, CPC, permite ao autor, quando não for possível determinar, de modo

definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito, formular pedido genérico.

3. No caso em julgamento, os pleitos formulados na inicial limitam-se a vindicar a manutenção da primitiva servidão de passagem e cessação da turbação de posse de área pertencente à autora, sem pleito genérico, e a autora, ora recorrente, afirma que a recorrida suprimiu área de seu terreno para construção de estrada, e também vem se valendo dessa mesma via, obtendo proveito logístico, é de todo inviável a apreciação desse pleito indenizatório incidental, pois o eventual acolhimento, a par de resultar em decisão extra petita por extravasar o pedido vestibular, também

violaria a ampla defesa e o contraditório, por não ter supedâneo na causa de pedir.

4. Recurso especial não provido.

(Negritei). (REsp 1060748/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 18/04/2013).

#### Dispositivo

Pelo exposto, não conheço da apelação das usinas-rés pela perda superveniente do objeto e nego provimento à apelação da Conab.

É como voto.

## Sétima Turma

Numeração única: 0016997-05.2005.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2005.34.00.017029-0/DF

Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses  
 Apelante: Mafra S/A Agropecuária  
 Advogados: Dra. Cristiane Romano e outros  
 Apelante: Fazenda Nacional  
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler  
 Apelados: os mesmos  
 Remetente: Juízo Federal da 7ª Vara – DF  
 Publicação: e-DJF1 de 04/03/2016, p. 2.128

## Ementa

*Processual Civil. Tributário. Imposto de Renda Pessoa Jurídica. Aplicações financeiras em renda fixa. Restituição. Prova da existência dos créditos. Prova pericial. Necessidade. Indisponibilidade do direito. Sentença anulada.*

I. A presente lide trata de pedido de restituição de valores do IRPJ incidentes sobre aplicações em renda fixa, na alíquota de 20% (vinte por cento), que deveriam ter sido compensados por ocasião do ajuste anual, mas que não foram em razão da ocorrência de prejuízo fiscal entre os anos de 1999 e 2003.

II. Ocorre que a existência dos créditos tributários não está devidamente provada nos presentes autos, vez que, conquanto tenha sido requerida a produção da prova pericial, referido pleito foi indeferido pelo magistrado *a quo*. No entanto, somente por meio da produção de prova pericial será possível verificar a regularidade ou não das antecipações e das retenções do IRPJ incidentes sobre as aplicações financeiras entre os anos de 1999 e 2003. Ademais, o laudo pericial também é indispensável para atestar a existência de prejuízo fiscal naquele período.

III. Ademais: “É soberano o juiz em seu livre convencimento motivado ao examinar a necessidade da realização de provas requeridas pelas partes, desde que atento às circunstâncias do caso concreto e à imprescindível salvaguarda do contraditório. - ‘O CPC veda a utilização da prova exclusivamente testemunhal com o objetivo de demonstrar a existência de contrato cujo valor seja superior a dez salários-mínimos. No entanto, tal espécie de prova é admitida quando se pretende evidenciar peculiaridade ou circunstância do contrato, ainda que seu valor exceda esse montante. Precedentes’ (REsp 470.534/SP). Deve, portanto, a interpretação do art. 400 e ss. do CPC propiciar às vítimas da agiotagem a ampla dilação probatória para demonstrar a verossimilhança do ilícito, que permitirá a abertura da via da inversão do ônus da prova contemplada pela MP 2.172-32. [...]” (REsp 722.600/SC, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04/08/2005, DJ 29/08/2005, p. 342.)

IV. “[...] A decisão agravada se apresenta perfeitamente compatível com a prerrogativa, que o CPC expressamente franqueia (art. 130) ao juiz, de determinar, de ofício ou a requerimento da parte, as provas necessárias à instrução do



processo. 2. Ademais, depõe em desfavor das razões recursais a firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a análise da necessidade de realização da prova é medida que cabe exclusivamente ao Juiz no exercício de seu livre convencimento motivado, como é de ver dos acórdãos assim ementados: AgRg no Ag. 1.044.254, Ministro Luiz Felipe Salomão, DJ de 9.3.09; REsp 722.600, Ministra Nancy Andrighi, DJ de 29.8.05). 3. Não merece reparos a decisão agravada, que se manteve harmônica ao âmbito de convicção do julgador, assim autorizado pelo Código de Processo Civil e sua orientação jurisprudencial. Destaque-se que à sentença caberá atribuir à prova determinada a valoração e limitação que o caso requerer. Contudo, não é o agravo de instrumento a via própria para antecipar-se acerca de juízo de valor que transcenda a só possibilidade de realização da prova pericial, tal como deferida. 4. Nego provimento ao agravo de instrumento”. (AG 0031537-39.2006.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista, 6ª Turma Suplementar, e-DJF1, p. 454, de 18/09/2013)

V. “Não se aplica à Fazenda Pública o efeito material da revelia - presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor - pois seus bens e direitos são considerados indisponíveis, aplicando-se o artigo 320, II, do CPC” (AgRg nos EDcl no REsp 1288560/MT, rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 03/08/2012), de modo que o ônus da impugnação especificada, em se tratando de direito indisponível, não tem relevância sobre o resultado da demanda” (TRF 1ª Região, AC 2000.01.00.012170-0/MG, rel. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 20/11/2012 e-DJF1, p. 715).

VI. Por outro lado, não se trata de simplesmente apurar o montante do crédito tributário, mas sim de comprovar a sua existência, conforme já decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça: “Examinando-se os autos, verifica-se que, efetivamente, não há prova inequívoca acerca do direito líquido e certo alegado, pois, no caso, é imprescindível a produção de prova pericial para se aferir a existência dos créditos pleiteados pela impetrante” (ROMS 27203, rel. Min. Denise Arruda, DJE de 29/09/2008).

VII. Por fim, a Fazenda Nacional aduz em seu apelo que o sistema Sinal da Receita Federal não registra pagamentos por antecipação no período de 1º/01/99 a 31/12/2004, o que reforça a necessidade da produção da prova pericial regularmente requerida pela parte-autora.

VIII. Remessa oficial provida. Sentença anulada. Apelações prejudicadas.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar provimento à remessa oficial, julgando prejudicadas as apelações.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 23/02/2016.

Desembargador Federal *Hercules Fajoses*, relator.

## Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Hercules Fajoses*: — Trata-se de remessa oficial e apelações interpostas por Mafra S/A Agropecuária e pela Fazenda Nacional contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para declarar o direito à restituição do IRPJ incidente sobre aplicações financeiras em renda fixa.

Em sua apelação (fls. 378-387), a empresa recorrente aduz violação ao princípio da ampla defesa, já que não foi instada a juntar documento que demonstrasse a sua vinculação a empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico de que participa. Além disso, defende a possibilidade da compensação dos créditos tributários vindicados nesta ação com débitos de empresa integrada no mesmo grupo econômico.

Em sua apelação (fls. 397-403), a Fazenda Nacional argui prejudicial de prescrição e alega que

não há prova das antecipações e retenções do Imposto de Renda. Por fim, sustenta a inaplicabilidade da taxa Selic na espécie.

Contrarrazões às fls. 414-424 e 428-432.

É o relatório.

## Voto\*

O Exmo. Sr. Des. Federal *Hercules Fajoses*: — A presente lide trata de pedido de restituição de valores do IRPJ incidentes sobre aplicações em renda fixa, na alíquota de 20% (vinte por cento), que deveriam ter sido compensados por ocasião do ajuste anual, mas que não foram em razão da ocorrência de prejuízo fiscal entre os anos de 1999 e 2003.

\* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais José Amílcar Machado e Ângela Catão.

Ocorre que a existência dos créditos tributários não está devidamente provada nos presentes autos, vez que, conquanto tenha sido requerida a produção da prova pericial, referido pleito foi indeferido pelo magistrado *a quo*. No entanto, somente por meio da produção de prova pericial será possível verificar a regularidade ou não das antecipações e das retenções do IRPJ incidentes sobre as aplicações financeiras entre os anos de 1999 e 2003. Ademais, o laudo pericial também é indispensável para atestar a existência de prejuízo fiscal naquele período.

Ademais:

*É soberano o juiz em seu livre convencimento motivado ao examinar a necessidade da realização de provas requeridas pelas partes, desde que atento às circunstâncias do caso concreto e à imprescindível salvaguarda do contraditório. - "O CPC veda a utilização da prova exclusivamente testemunhal com o objetivo de demonstrar a existência de contrato cujo valor seja superior a dez salários-mínimos. No entanto, tal espécie de prova é admitida quando se pretende evidenciar peculiaridade ou circunstância do contrato, ainda que seu valor exceda esse montante. Precedentes" (REsp 470.534/SP). - Deve, portanto, a interpretação do art. 400 e ss. do CPC propiciar às vítimas da agiotagem a ampla dilação probatória para demonstrar a verossimilhança do ilícito, que permitirá a abertura da via da inversão do ônus da prova contemplada pela MP 2.172-32. [...]. (REsp 722.600/SC, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04/08/2005, DJ 29/08/2005, p. 342.)*

*[...] A decisão agravada se apresenta perfeitamente compatível com a prerrogativa, que o CPC expressamente franqueia (art. 130) ao juiz, de determinar, de ofício ou a requerimento da parte, as provas necessárias à instrução do processo. 2. Ademais, depõe em desfavor das razões recursais a firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a análise da necessidade de realização da prova é medida que cabe exclusivamente ao Juiz no exercício de seu livre convencimento motivado, como é de ver dos acórdãos assim ementados: AgRg no Ag. 1.044.254, Ministro Luiz Felipe Salomão, DJ de 9.3.09; REsp 722.600, Ministra Nancy Andrighi, DJ de 29.8.05). 3. Não merece reparos a decisão agravada, que se manteve harmônica ao âmbito de convicção do julgador, assim autorizado pelo Código de Processo Civil e sua orientação jurisprudencial. Destaque-se que à sentença caberá atribuir à prova determinada a valoração e limitação que o caso requerer. Contudo, não é o agravo de instrumento a via própria para antecipar-se acerca de juízo de valor que transcenda a só possibilidade de realização da prova pericial, tal como deferida. 4. Nego provimento ao agravo de instrumento. (AG 0031537-39.2006.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista, 6ª Turma Suplementar, e-DJF1, p. 454, de 18/09/2013)*

Com efeito, observa-se que a empresa-apelante requereu a produção de prova pericial para esclarecer a ocorrência dos seguintes fatos, *verbis*:

a) se em razão de aplicações financeiras em renda fixa efetuadas no período compreendido pela ação, teve a Autora tributo retido na fonte com a aplicação de alíquota de 20% (vinte por cento), nos termos do que dispunham as Leis n. 8.981/95 e n. 9.532/97.

b) se na forma do Regulamento do Imposto sobre a Renda (artigo 773, inciso I), cujo fundamento legal se encontra nas Leis n. 8.981/95, n. 9.317/96 e n. 9.430/96, o tributo retido na fonte foi deduzido do montante ao final do exercício apurado e devido a título de Imposto sobre a Renda;

c) se a Autora apurou prejuízo fiscal no período compreendido pela ação, de maneira que ficou impossibilitada de deduzir o imposto de renda retido na fonte;

d) qual o montante, atualizado de acordo com os mesmos critérios de correção monetária adotado pela Secretaria da Receita Federal, do valor dos créditos tributários que a Autora teve retido, porém, não utilizou até a presente data. (fl. 128).

O magistrado *a quo*, contudo, indeferiu a produção da prova pericial, nos seguintes termos, *litteris*:

Indefiro a produção de prova pericial requerida pela autora por ser desnecessária ao julgamento da causa e inadequada para provar os fatos constantes da petição inicial (CPC, art. 130).

A retenção do Imposto de Renda na fonte sobre os rendimentos obtidos com aplicações financeiras e o prejuízo fiscal independem de prova pericial porque estão provados pelos documentos de fls. 35-66 e foram admitidos no processo como incontroversos ante a ausência de impugnação na contestação (CPC, arts. 34, III, e 420, parágrafo único, II).

A apuração dos valores devidos deverá ser feita na liquidação do julgado. E nisso não há nenhuma violação à exigência de liquidez da sentença, tanto que é admitido pela jurisprudência: não é vedado que se junte documentos na fase de liquidação que tenham por fim único a apuração do valor aritmético da quantia objeto de execução (REsp 685170, r. Ministro João Otávio de Noronha, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça). (fl. 132).

Entretanto, o crédito tributário consubstancia direito indisponível, razão pela qual deve-se observar que:

*Não se aplica à Fazenda Pública o efeito material da revelia - presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor - pois seus bens e direitos são considerados indisponíveis, aplicando-se o artigo*

320, II, do CPC” (AgRg nos EDcl no REsp 1288560/MT, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 03/08/2012), de modo que o ônus da impugnação especificada, em se tratando de direito indisponível, não tem relevância sobre o resultado da demanda [...] (TRF 1ª Região, AC 2000.01.00.012170-0/MG, rel. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho, 20/11/2012 e-DJF1, p. 715).

No mesmo sentido:

*A questão de direito material (extinção do crédito tributário por pagamento) debatida nestes autos é outra, sendo importante destacar que, nos casos relacionados a direitos indisponíveis da Fazenda Pública, a sua ausência de manifestação não autoriza concluir automaticamente que são verdadeiros os fatos alegados pela parte contrária, podendo a autoridade judicial, com base no livre convencimento, exigir a respectiva comprovação [...] (REsp 1364444, rel. Min. Herman Benjamin, DJE de 18/06/2014).*

Por outro lado, não se trata de simplesmente apurar o montante do crédito tributário, mas sim de comprovar a sua existência, conforme já decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

*Examinando-se os autos, verifica-se que, efetivamente, não há prova inequívoca acerca do direito líquido e certo alegado, pois, no caso, é imprescindível a produção de prova pericial para se aferir a existência dos créditos pleiteados pela impetrante [...] (ROMS 27203, rel. Min. Denise Arruda, DJE de 29/09/2008).*

Por fim, a Fazenda Nacional aduz em seu apelo que o sistema *Sinal* da Receita Federal não registra pagamentos por antecipação no período de 1º/01/1999 a 31/12/2004, o que reforça a necessidade da produção da prova pericial regularmente requerida pela parte-autora.

Ante o exposto, dou provimento à remessa oficial para declarar a nulidade da sentença proferida nestes autos, determinando o retorno dos autos para a vara de origem a fim de que seja produzida a prova pericial, prejudicadas as apelações.

É o voto.

## Sétima Turma

Numeração única: 0028525-10.1999.4.01.3800

Apelação Cível 1999.38.00.028604-7/MG

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado  
Apelantes: Rima Industrial S/A e outros  
Advogados: Dr. Ilídio Benites de Oliveira Alves e outros  
Apelada: Fazenda Nacional  
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler  
Publicação: e-DJF1 de 1º/04/2016, p. 317

## Ementa

*Tributário. Juízo de retratação. Compensação de indébitos. Regime jurídico vigente à época da propositura da demanda. Legislação superveniente. Inaplicabilidade. Entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça sob o regime do recurso repetitivo.*

I. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 488.992/MG, sob o regime do recurso repetitivo constante do art. 543-C do Código de Processo Civil, consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos.

II. Embargos declaratórios acolhidos em juízo de retratação.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, em juízo de retratação, dar provimento aos embargos declaratórios.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 08/03/2016.

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*, relator.

### Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado:*  
— Trata-se de recurso de apelação submetido a juízo de retratação por força de decisão proferida pela Presidência desta Corte, para que seja feita a adequação do julgado de acordo com a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.137.738/SP, que firmou o entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente.

É o relatório.

### Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado:* — Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, sob o regime do recurso repetitivo, consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada “Restituição e Compensação de Tributos e Contribuições”, determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: “Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração”.

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Ângela Catão e Hercules Fajoses.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: “Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.”

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: “Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.”

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/

SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: “Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário.” (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronunciasse de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

REsp 1137738 / SP. RECURSO ESPECIAL 2009/0082366-1. Relator(a) Ministro LUIZ FUX. Órgão Julgador. PRIMEIRA SEÇÃO. Data do Julgamento: 09/12/2009. Data da Publicação/Fonte DJe 01/02/2010

Ante o exposto, em juízo de retratação, dou provimento aos embargos declaratórios da União, para determinar que a compensação tributária deve ser feita considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda.

*É como voto.*



## Oitava Turma

### Agravo de Instrumento 0058230-89.2008.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa  
 Agravantes: Marcelia 3 Empreendimentos e Participações S/A e outro  
 Advogados: Dr. José Lavinias da Rocha Filho e outro  
 Agravada: União (Fazenda Nacional)  
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler  
 Publicação: e-DJF1 de 18/03/2016, p. 4.444

## Ementa

*Processual Civil. Agravo de instrumento. Cautelar fiscal. Indisponibilidade de bens. Requisitos presentes. Liminar concedida com fundamento no art. 3º da Lei 8.397/1992. Grupo econômico. Presunção legal de responsabilidade solidária. Agravo de instrumento não provido.*

I. "Tratando-se de formação de grupo econômico com claro intuito de descumprir obrigações da primeira empresa executada mediante fraude e abuso de direito, aplica-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para alcançar os bens das outras componentes do grupo econômico e dos sócios gerentes das empresas (REsp 767.021-RJ, r. José Delgado, 1ª Turma/STJ). A confusão patrimonial existente entre empresas com unicidade de gestão/comando cujos sócios são de um mesmo grupo familiar autoriza a desconsideração da personalidade jurídica por configurar abuso de personalidade, ainda mais quando uma dessas, que se encontrava endividada, é extinta sem saldar suas dívidas e as demais continuam a explorar a mesma atividade empresarial" (AGA 0032675-60.2014.4.01.0000/DF, TRF1, Oitava Turma, rel. Des. Federal Novély Vilanova, e-DJF1 19/12/2014).

II. Os agravantes demonstram, apenas, a falência do Frigorífico Alto Parnaíba Ltda., em 15/12/1981, e que o Matadouro Frigorífico Monte Carmelo Ltda. teve indeferido o seu pedido para ingressar no feito como sucessor da massa falida porque, conforme asseverado na respectiva decisão, proferida em 13/10/1993, ambas as sociedades tinham os mesmos administradores.

III. Em se tratando de medida cautelar contra sociedades controladas, informalmente, por um grupo econômico, incabível a discussão sobre ilegitimidade passiva *ad causam*, porque há presunção legal de responsabilidade solidária entre todos os integrantes do grupo (CTN, art. 124, e seu parágrafo único).

IV. A decisão agravada indica com clareza e precisão os fatos — corroborados pelos documentos juntados à medida cautelar originária — em razão dos quais considera como configurada no caso em tela a existência de confusão patrimonial entre pessoas físicas e jurídicas integrantes de um mesmo grupo econômico. Logo, o presente recurso não merece provimento, mesmo porque não foram trazidos pelos agravantes, em análise de cognição sumária, própria da espécie, elementos que pudessem contrastar a fundamentação adotada pelo juízo *a quo*.

V. A hipótese dos autos é de reconhecimento da suposta formação de grupo econômico, em razão da qual deverão, se for o caso, ser responsabilizados todos os seus integrantes, sócios ou não das pessoas jurídicas, não se aplicando, em princípio, destarte, o art. 135, III, do Código Tributário Nacional, que, de forma restritiva, cuida da responsabilização solidária de sócio-administrador.

VI. A existência de confusão patrimonial de empresas do mesmo grupo familiar e a gestão de empresa por sócio-gerente com vínculo à devedora principal só podem ser desconstituídas em sede de embargos à execução, em observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

VII. Sem elementos de convicção para afastar, no caso, as hipóteses previstas nos arts. 2º, V, VI e IX, e 3º da Lei 8.397/1992, não merece reparo a decisão recorrida.

VIII. Agravo de instrumento não provido.

## Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 22/02/2016.

Desembargador Federal *Marcos Augusto de Sousa*, relator.

## Relatório

*O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa:* — Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Monte Carmelo/MG, que, em cautelar fiscal incidental (Processo 0431.07.037520-6/MG; numeração única: 0375206-34.2007.8.13.0431/MG), deferiu liminar postulada pela Fazenda Pública, tendo sido decretada, com fundamentos em dispositivos da Lei 8.397/1992, a indisponibilidade de bens dos agravantes, que sustentam, em síntese, ter sido a decisão proferida em ofensa a dispositivos de normas legais válidas, pugnando pela sua modificação.

Postergado o exame do pedido de antecipação da tutela recursal, oferecida resposta pela agravada, os autos vieram-me conclusos para julgamento.

É o relatório.

## Voto\*

*O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa:* — Ao proferir sua decisão para determinar a indisponibilidade dos bens dos agravantes, o juízo de origem asseverou:

Quanto aos requisitos da liminar, a constituição do crédito tributário está suficientemente demonstrada nos autos registrados nesta comarca sob os nºs 03.001721-1, 03.003266-5, 03.003268-1, 03.005037-8, 03.005039-4, 03.005041-0, 03.005629-2, 04.011218-4 e 05.016873-8, nos quais a União Federal executa um valor aproximado de R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais), devidos pelo requerido Matadouro Frigorífico Monte Carmelo Ltda.

Por outro lado, os documentos juntados com a inicial demonstram, ao menos em sede de cognição sumária e convencimento provisório, que os requeridos Josemar, Roberto, Rogério e Renato encerraram de forma fraudulenta as atividades comerciais da empresa Matadouro Frigorífico Monte Carmelo Ltda., tanto que a empresa teve o registro cancelado na Junta Comercial do Estado de Minas

Gerais e a Fazenda Pública Federal, até o momento, não consegue executar o elevado débito tributário da empresa (Lei 8397/2002, art. 2º, V, "a").

Também se extrai dos documentos que instruem a inicial (f. 35-188) que os requeridos Josemar, Roberto, Rogério e Renato, logo após o "encerramento" das atividades do Matadouro Frigorífico Monte Carmelo Ltda., constituíram as empresas Frigoban Frigorífico Xingu Ltda., Frinorte – Empreendimentos e Participações Ltda., Frigomar Indústria e Comércio Ltda., Agropecuária Marcelia 3 Ltda., Marcelia 3 Empreendimentos e Participações S/A e a Locadora Marcelia 3 Ltda., que se dedicam às mesmas atividades ou a atividades bastante parecidas às desenvolvidas pelo Matadouro Frigorífico Monte Carmelo Ltda. (Lei 8397/2002, art. 2º, inc. V, "b" e inc. IX). Esse fato, por ora, leva a crer que referidas empresas integram um mesmo grupo econômico e o Matadouro Frigorífico Monte Carmelo Ltda. foi utilizado por Josemar, Roberto Rogério e Renato com abuso da personalidade jurídica, para frustrar o pagamento de tributos (CC/2002, art. 50).

Como se não bastasse, o valor da dívida em execução supera, e muito, o patrimônio conhecido do executado Matadouro Frigorífico Monte Carmelo Ltda., tanto que até hoje a Fazenda Pública não conseguiu penhorar bens suficientes para a quitação do débito (Lei 8397/2002, art. 2º, VI), o que pode facilmente ser confirmado nos autos de execução fiscal.

Dessa forma, e por entender presentes os requisitos do art. 3º, da Lei nº 8397/2002, defiro a liminar e decreto a indisponibilidade dos bens presentes e futuros de todos os requeridos, até o limite da obrigação a ser satisfeita, notadamente os descritos a f. 17-9) (fls. 37/38).

No caso presente, os agravantes obtiveram êxito em demonstrar, apenas, a falência do Frigorífico Alto Parnaíba Ltda., conforme se verifica pela leitura da sentença proferida em 15/12/1981, e que o Matadouro Frigorífico Monte Carmelo Ltda. teve indeferido o seu requerimento para ingressar no feito como sucessor da massa falida (fls. 104-105, 108-110) porque, conforme asseverado na respectiva decisão, os administradores de ambas as sociedades "são as mesmas pessoas" (fl. 108) (original grifado).

\*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais César Cintra Jatahy Fonseca e Cristiane Pederzoli Rentzsch (convocados).

O ilustre prolator da referida decisão, em 13/10/1993, destacou, ainda, que:

Tudo está muito claro nos autos, inexistindo dúvida que a massa falida continuou suas atividades, estando funcionando até a presente data, sendo insubsistente qualquer mudança de nome ou razão social, porque o patrimônio é único. Ainda mais se considerando que às fls. 715/716, o matadouro Frigorífico Monte Carmelo Ltda., com *procurador com poderes especiais*, conclui uma petição nos termos seguintes, in verbis:

Isto posto, respeitosamente requer a suplicante, se digne a admiti-la *como sucessora da falida*, permitindo-se-lhe atuar no feito, promovendo as medidas que se fizerem necessárias ..." (fls. 109) (original grifado e destacado).

O quadro demonstrativo de fls. 55-56, que integra a petição inicial do feito principal, esclarece que as sociedades ora agravantes, aquela denominada Matadouro Frigorífico Monte Carmelo Ltda. e as demais que constam na decisão agravada, têm os mesmos administradores: Josemar da Costa Filho, Roberto Augusto Menezes Costa, Rogério Márcio Menezes Costa e Renato Mauro Menezes Costa. Logo, em se tratando de medida cautelar contra sociedades controladas, informalmente, por um grupo econômico, incabível a discussão sobre ilegitimidade passiva *ad causam*, porque há presunção legal de responsabilidade solidária entre todos os integrantes do grupo (CTN, art. 124, e seu parágrafo único).

Esta colenda Turma já se posicionou no sentido de que

[...] consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, mostra-se possível, em virtude da constatação da formação de grupo econômico, a inclusão de terceiros em execução fiscal e o reconhecimento da responsabilidade solidária entre as empresas que integram o mesmo grupo [...] (AGA 0022051-46.2014.4.01.0000/PA, de minha relatoria, unânime, DJ de 24/4/2015).

Nesse mesmo sentido, destaco o seguinte julgado, de relatoria do eminente Desembargador Federal Novély Vilanova:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. CONFUSÃO PATRIMONIAL. FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. EMPRESAS DO MESMO GRUPO FAMILIAR. SUCESSÃO EMPRESARIAL CONFIGURADA.

1. O relator pode negar seguimento a recurso em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STJ ou do STF (CPC, art. 557).

2. Tratando-se de formação de grupo econômico com claro intuito de descumprir obrigações da primeira empresa executada mediante fraude e abuso de direito, aplica-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para alcançar os bens das outras componentes do grupo econômico e dos sócios gerentes das empresas (REsp 767.021-RJ, r. José Delgado, 1ª Turma/STJ).

3. A confusão patrimonial existente entre empresas com unicidade de gestão/comando cujos sócios são de um mesmo grupo familiar autoriza a desconsideração da personalidade jurídica por configurar abuso de personalidade, ainda mais quando uma dessas, que se encontrava endividada, é extinta sem saldar suas dívidas e as demais continuam a explorar a mesma atividade empresarial.

4. Configurada a sucessão empresarial pela continuidade das atividades da sociedade executada, extinta irregularmente, pelo sócio (CTN, art. 132, parágrafo único).

5. Ainda que a penhora seja válida, se não há a avaliação do bem penhorado, impossível concluir que o juízo esteja seguro, ainda mais quando se trata de segunda penhora.

(TRF1, AGA 0032675-60.2014.4.01.0000/DF, Oitava Turma, DJ de 19/12/2014.)

Em face do entendimento jurisprudencial aludido, e tendo em vista que a decisão agravada indica com clareza e precisão os fatos — corroborados pelos documentos juntados à medida cautelar originária — em razão dos quais considera como configurada no caso em tela a existência de confusão patrimonial entre pessoas físicas e jurídicas integrantes de um mesmo grupo econômico, entendo que o presente recurso não merece provimento, mesmo porque não foram trazidos pelos agravantes, em análise de cognição sumária, própria da espécie, elementos que pudessem contrastar a fundamentação adotada pelo juízo *a quo*.

A propósito, é de se salientar que a hipótese dos autos é de reconhecimento da suposta formação de grupo econômico, em razão da qual deverão, se for o caso, ser responsabilizados todos os seus integrantes, sócios ou não das pessoas jurídicas, não se aplicando, em princípio, destarte, o art. 135, III, do Código Tributário Nacional, que, de forma restritiva, cuida da responsabilização solidária de sócio-administrador.

Por fim, ressalte-se que, em se tratando de medida cautelar fiscal, é de se aplicar o entendimento também já firmado por esta Turma no sentido de que

[...] a existência de confusão patrimonial de empresas do mesmo grupo familiar e a gestão de empresa por sócio-gerente com vínculo à devedora principal só podem ser desconstituídas em sede de embargos à execução, em observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa [...] (AG 0051280-54.2014.4.01.0000/DF, de minha relatoria, unânime, DJ 12/06/2015).

Nessa mesma linha: AG 0029664-23.2014.4.01.0000/DF e AG 0051266-70.2014.4.01.0000/

DF, ambos de minha relatoria, unânimes, DJ de 29/05/2015.

Diante disso, sem elementos de convicção para afastar, neste momento processual, as hipóteses previstas nos arts. 2º, V, VI e IX, e 3º da Lei 8.397/1992, não merece reparo a decisão recorrida.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo de instrumento.

É o voto.

## Oitava Turma

### Agravo de Instrumento 0044309-19.2015.4.01.0000/BA

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso  
Agravantes: Márcia Reis Bittencourt e outro  
Advogados: Dr. Márcia Reis Bittencourt e outros  
Agravada: União Federal  
Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias  
Publicação: e-DJF1 de 08/04/2016, p. 1.097

## Ementa

*Processual Civil. Agravo de instrumento. Honorários de advogado. Destaque de percentual pactuado entre as partes. § 4º do art. 22 da Lei 8.906/1994. Vinculação da verba executada à conta específica do Fundef. Observância do título executivo judicial. Coisa julgada. Dispositivo da decisão judicial. Inexistência de vínculo à conta específica do Fundef. Possibilidade.*

I. É legítimo o pedido de que o valor correspondente aos honorários advocatícios contratuais seja desmembrado do valor principal da condenação, independentemente da destinação constitucional do extinto Fundef, nos termos do § 4º do art. 22 da Lei 8.906/1994, exceto se constar no dispositivo da decisão judicial transitada em julgado determinação de vinculação da verba executada à conta específica do Fundef.

II. Nos termos do art. 469 do CPC, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, os motivos não fazem coisa julgada. Apenas as questões citadas no dispositivo da decisão judicial transitam em julgado.

III. Título executivo que não vincula a verba executada à conta específica do Fundef.

IV. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

## Acórdão

Decide a Turma, por maioria, dar provimento ao agravo de instrumento.

8ª Turma do TRF 1ª Região – 15/02/2016.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

## Relatório

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:*  
— Neste agravo de instrumento pretende Márcia Reis Bittencourt a reforma da decisão proferida pelo Juízo da 13ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, que, nos autos

dos Embargos à Execução 6279-40.2014.4.01.3300, determinou a retificação da Requisição de Pagamento, a fim de excluir o destaque dos honorários contratuais, por considerar que a valor devido é destinado à educação.

A agravante afirma que foi juntado aos autos contrato de honorários firmado com o município, antes da expedição dos requisitórios, com a finalidade de se efetivar o destaque dos honorários contratuais, nos termos do § 4º do art. 22 da Lei 8.906/1994.

Entende que a Resolução CJF 168/2011 e a Lei 8.906/1994 não condicionam a liberação do dinheiro à natureza da verba, pois exigem apenas a juntada do contrato antes da expedição dos precatórios.

Este agravo de instrumento, protocolado em 14/08/2015, veio-me concluso no mesmo dia.

Contramínuta da Fazenda Nacional às fls. 150-162.

É o relatório.

### Voto\*

*A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:*  
— Trata-se de agravo de instrumento interposto a decisão que indeferiu o pedido de destaque dos honorários na expedição de precatório, ao fundamento de que os valores objeto da presente ação, por se tratar de verba da Fundef, receita vinculada à educação, devem ser repassados à conta específica do município autor referente àquele fundo.

O art. 60 do ADCT determinava a vinculação do Fundef, pelo prazo de 14 anos a partir da promulgação da EC 53/2006, à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação.

O Fundef, criado pela Lei 9.424/1996, foi extinto pela Lei 11.494/2007, que instituiu, em substituição, o Fundeb. O objetivo de ambos os fundos estava ligado às diretrizes estabelecidas pelo art. 60 do ADCT.

A destinação constitucional das verbas do extinto Fundef — assim como as do atual Fundeb — tem por função, tão somente, vincular o gestor público à realização de investimentos mínimos na área educacional, setor de desenvolvimento e de manutenção estratégicos para um país que se pretende desenvolvido.

Não se pode olvidar que o repasse das verbas do extinto Fundef, objeto de execução na origem, não é espontâneo por parte da União, nem perfazem, neste momento, o valor principal do Fundef.

Ao contrário, a municipalidade se viu privada de recursos que lhe eram assegurados constitucionalmente e, com fundamento em seu direito de petição, utilizou-se dos serviços de profissionais da advocacia regularmente habilitados, sem o que não poderia o Judiciário reconhecer a violação de direitos e assegurar o repasse da complementação pecuniária.

Em casos que tais, é viável a incidência do § 4º do art. 22 da Lei 8.906/1994, que dispõe: *Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.*

Assim, os honorários advocatícios decorrentes de contrato ou de condenação judicial são de titularidade do advogado, a quem cabe a legitimidade para postular o seu recebimento.

Não há, no comando normativo do § 4º do art. 22 da Lei 8.906/1994, ressalva à sua eficácia, desde que atendidos os seus requisitos.

*In casu*, a agravante — advogada do município exequente da ação originária — formulou, a tempo e modo adequados, o pedido de que fosse desmembrado do pagamento, conforme se verifica às fls. 87-98.

Diante disso, no meu entendimento, não existe conflito entre os referidos dispositivos normativos — art. 60 do ADCT e § 4º do art. 22 da Lei 8.906/1994 —, que implique a prevalência daquele sobre este, conforme pretendido pela Fazenda Nacional.

É legítimo, portanto, o pedido formulado pela agravante, para que o valor correspondente aos honorários advocatícios contratuais seja desmembrado do valor principal da condenação, independentemente da destinação constitucional do extinto Fundef nos termos do art. 60 do ADCT.

Ressalto, porém, que a execução de título judicial exige respeito aos seus termos — proteção garantida pelo instituto da coisa julgada.

*In casu*, embora conste no título executivo judicial que os valores objeto da presente ação, por se tratar de verba do Fundef, receita vinculada à educação, devem ser repassados à conta específica do município autor junto àquele fundo, que os administrarão a teor dos arts. 3º, 4º, e 11 da Lei 9.424/1996, hoje esculpido no art. 19 da Lei 11.494/2007 (fl. 51), essa observação não consta no dispositivo.

Nos termos do art. 469 do CPC, entretanto, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, os motivos não fazem coisa

\*Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa e a Exma. Sra. Juíza Federal Cristiane Pederzoli Rentzsch (convocada).



julgada. Apenas as questões citadas no dispositivo da decisão judicial transitam em julgado.

Assim, não obstante conste na fundamentação do título executivo referência à vinculação da verba ora executada à conta específica do Fundef, essa questão não está acobertada pelo manto da coisa julgada, por não ter constado no dispositivo do acórdão transitado em julgado.

Dessa forma, dou provimento ao agravo de instrumento, para determinar que se proceda ao destaque dos honorários advocatícios contratuais, nos termos do § 4º do art. 22 da Lei 8.906/1994, independentemente da destinação constitucional do extinto Fundef, nos termos do art. 60 do ADCT.

É como voto.

### Voto-Vogal Vencido

*O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa:*  
— Senhora presidente, alertado inicialmente pela lembrança de vossa excelência, pude verificar no banco de dados da nossa jurisprudência uma decisão desta colenda 8ª Turma, em sessão de 30 de julho de 2015, decisão unânime, em processo da minha relatoria, mais especificamente o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 0042823-33.2014.4.01.0000/PI, em que, refletindo no fundamento do meu voto, consta expressamente da ementa a referência ao julgado do STJ no REsp 1.409.240, Paraná, da relatoria do Ministro Og Fernandes. Até recebi memoriais relativos a processos da relatoria de vossa excelência, que estão inclusive na pauta desta sessão, que tratam da mesma matéria, e o eminente advogado noticia dois julgados que estão em andamento com votos no sentido de se reverter esse entendimento, que é um fato relevante que indica uma tendência de alteração ou até de uma definição, porque se trataria de julgados das duas turmas. Por enquanto, senhora presidente, e digo isso com total transparência,

sem prejuízo de rever em julgamento futuro o meu entendimento, esse precedente citado por mim do STJ na verdade não se baseia na questão de estar ou não a vinculação prevista no dispositivo do título judicial, mas considera relevante a disposição constante do art. 60 do ADCT, que determina a vinculação dessas verbas aos investimentos na educação, nos termos da legislação de regência. Uma eventual mudança do meu entendimento, inclusive tenho de refletir seriamente a respeito porque isso vai repercutir no entendimento que tenho adotado aqui com relação à prescrição, em que o Desembargador Novély tem defendido a aplicação do prazo prescricional trienal, previsto no código, que é menor que o quinquenal do Decreto 20.910/1932, e que tenho divergido de sua excelência exatamente por afastar a natureza indenizatória dessas condenações, mas, uma vez que se entenda que elas têm natureza indenizatória, e daí a possibilidade do destaque, teríamos também repercussão na questão da prescrição. Digo isso apenas para justificar a manutenção, por ora, do meu entendimento, mas registrando que vou refletir e até tentar acessar os votos já proferidos. De toda sorte, teremos aí provavelmente uma definição de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria que, sem dúvida nenhuma, vai ser uma luz sobre a questão. Então, com relação à questão, especificamente, além do que foi dito aqui, vou protestar pela juntada de voto que tenho sobre a matéria e peço as mais sinceras vênias a vossa excelência para divergir, com o registro de que pretendo aprofundar, até diante dessas inovações que estão se encaminhando no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e também as repercussões que uma mudança de entendimento tenha em outras questões relacionadas à matéria, mas, por enquanto, este é o meu voto, com a devida vênia.

## Agravo de Instrumento 0070017-71.2015.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira  
Agravante: Luana Marques de Farias  
Advogados: Dr. Lucas de Alencar Oliveira e outro  
Agravada: União Federal  
Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias  
Publicação: e-DJF1 de 14/03/2016, p. 69

### Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto por Luana Marques de Farias, em face de decisão proferida pelo Juízo da 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos da Ação de Rito Ordinário 0067350-97.2015.4.01.3400, pela qual se indeferiu o pedido de antecipação da tutela.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal objetiva desconsiderar, como laudo suficiente, o laudo médico pericial, subscrito em 19/03/2014, produzido no bojo do Processo Administrativo 2.390/2013, para que, em nova inspeção médica, sejam avaliados expressamente os indícios de doença funcional.

//

Nos termos do art. 186, inciso I, § 1º, da Lei 8.112, de 1990, o servidor público tem direito à aposentadoria por invalidez com os proventos integrais quando a aposentadoria decorrer de acidente de serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei. Transcrevo o dispositivo:

Art. 186 - O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, e proporcionais nos demais casos;

[...]

§ 1º Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.

Na hipótese dos autos, verifica-se que a autora alega que seu desgaste psicológico decorreu diretamente do exercício de suas atividades funcionais como técnico judiciário no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, conforme atestam os laudos particulares acostados aos autos principais, pleiteando que sua situação se enquadre nas exceções previstas em lei.

A aposentadoria da agravante foi concedida em 18/09/2015, na modalidade ou espécie invalidez, com proventos proporcionais.

A Constituição de 1988 assim dispõe sobre a aposentadoria do servidor público:

Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo:

§ 1º - Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, *exceto* se decorrente acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei. (destaquei)

Veja-se que a própria Constituição, ao prever as situações de aposentadoria por invalidez aos servidores públicos, fixa exceção para a regra geral que prevê proventos proporcionais ao tempo de contribuição, assegurando

proventos integrais ao servidor aposentado por invalidez permanente, apenas se decorrente de moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei.

Em resumo, a Constituição de 1988 e a Lei 8.112, de 1990, estabelecem o direito à aposentadoria com proventos integrais ao servidor aposentado por invalidez permanente, em razão de alguma das doenças especificadas em lei, não sendo, apenas nesses casos, de se aplicar qualquer metodologia ou fórmula de cálculo que determine proventos proporcionais. Nas demais situações, a aposentadoria é proporcional.

Portanto, sem a prova suficiente de que se cuida de doença profissional, não se pode assegurar ao servidor proventos integrais à aposentadoria por invalidez.

O entendimento desta Corte e do STJ é no sentido de que não há como considerar taxativo o rol de doenças previsto no §1º do art. 186 da Lei 8.112/1990, uma vez que a lei não pode prever todas as doenças consideradas graves, contagiosas e incuráveis pela medicina.

Assim, tenho que somente por meio de prova pericial, já que o laudo oficial que justificou a aposentadoria do agravante não o fez (fl. 25 da rolagem única), é que se poderá verificar se as enfermidades que acometem a agravante se enquadram em alguma dessas hipóteses, bem como poderá indicar se há algum nexo causal entre a atividade desenvolvida pela agravante e as patologias alegadas.

Registre-se, finalmente, que entre o laudo oficial e o laudo particular, que se pretende suficiente para a antecipação de tutela neste caso, prevalece o oficial, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

ATESTADO MÉDICO OFICIAL VERSUS ATESTADO MÉDICO PARTICULAR - PREVALÊNCIA. Descompasso entre o conteúdo de atestado médico oficial e atestado médico particular resolve-se com a predominância do primeiro, do oficial. PROVENTOS E PENSÃO - DOENÇA - LAUDO. A repercussão de doença no cálculo dos proventos ou de pensão pressupõe encontrar-se em vigor lei prevendo-a. (RMS 24640, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 23/09/2008, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-03 PP-00458 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 85-98)

Logo, não encontro, neste momento processual, prova inequívoca do direito alegado.

III

Assim sendo, indefiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Comunique-se ao juízo de origem.

Intime-se o(a) agravado(a) para resposta (CPC, art. 527, V).

Publique-se.

Brasília, 7 de março de 2016.

Desembargador Federal *Jamil de Jesus Oliveira*, relator.

## Agravo de Instrumento 0008760-11.2016.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende (convocado)  
Agravante: Ministério Público Federal  
Procurador: Dr. Felipe Fritz Braga  
Agravados: Bruno Teixeira Albuquerque e outros  
Publicação: e-DJF1 de 11/03/2016, p. 1.021

### Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão do Juiz Federal Charles Renaud Frazão de Moraes, da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa 69780-22.2015.4.01.3400, indeferiu pedido formulado pelo agravante para decretar a indisponibilidade de bens dos agravados, com fundamento no art. 7º da Lei 8.429/1992.

Sustenta o agravante, em síntese, que a decisão agravada merece ser reformada, uma vez que estão presentes os requisitos necessários para a decretação da indisponibilidade dos bens, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça que traz à colação.

Assevera que houve um prejuízo causado ao erário no importe de R\$ 2.666.471,40 (dois milhões, seiscentos e sessenta e seis mil, quatrocentos e setenta e um reais e quarenta centavos), em virtude de supostas irregularidades na concessão de operações de crédito mediante descontos de títulos de crédito sabidamente falsificados, que beneficiaram todos os agravados.

É o relatório.

*Isso posto, decido.*

Confiro relevância jurídica, em parte, à pretensão do agravante.

No caso, verifico que se encontram presentes os requisitos a ensejar a antecipação da tutela recursal ora pleiteada, tendo em vista que para se decretar a indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa não se faz necessária a presença do *periculum in mora*, o qual estaria implícito no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, sendo certo que basta a presença de indícios suficientes da prática de ato de improbidade que acarrete dano ao erário para que seja concedida a cautelar em questão.

Nessa linha de raciocínio é o entendimento adotado pela e. Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, consoante se depreende do seguinte aresto:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92. TUTELA DE EVIDÊNCIA. COGNIÇÃO SUMÁRIA. PERICULUM IN MORA. EXCEPCIONAL PRESUNÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO NECESSÁRIA. FUMUS BONI IURIS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL PROPORCIONAL À LESÃO E AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO RESPECTIVO. BENS IMPENHORÁVEIS. EXCLUSÃO.

1. Trata-se de recurso especial em que se discute a possibilidade de se decretar a indisponibilidade de bens na Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 7º da Lei 8.429/92, sem a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), ou seja, do perigo de dilapidação do patrimônio de bens do acionado.

2. Na busca da garantia da reparação total do dano, a Lei nº 8.429/92 traz em seu bojo medidas cautelares para a garantia da efetividade da execução, que, como sabemos, não são exaustivas. Dentre elas, a indisponibilidade de bens, prevista no art. 7º do referido diploma legal.

3. As medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o *fumus boni iuris* (plausibilidade do direito alegado) e o *periculum in mora* (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação).

4. No caso da medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7º da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade. O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, §4º) e da própria Lei de Improbidade (art. 7º).

5. A referida medida cautelar constrictiva de bens, por ser uma tutela sumária fundada em evidência, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir.

6. Verifica-se no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992 que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

7. O *periculum in mora*, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92. Precedentes: (REsp 1315092/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 14/06/2012; AgRg no AREsp 133.243/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 24/05/2012; MC 9.675/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011; EDcl no REsp 1211986/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 09/06/2011.

8. A Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art.789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido.

9. A decretação da indisponibilidade de bens, apesar da excepcionalidade legal expressa da desnecessidade da demonstração do risco de dilapidação do patrimônio, não é uma medida de adoção automática, devendo ser adequadamente fundamentada pelo magistrado, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal), sobretudo por se tratar de constrição patrimonial.

10. Oportuno notar que é pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma.

11. Deixe-se claro, entretanto, que ao juiz responsável pela condução do processo cabe guardar atenção, entre outros, aos preceitos legais que resguardam certas espécies patrimoniais contra a indisponibilidade, mediante atuação processual dos interessados - a quem caberá, p. ex., fazer prova que determinadas quantias estão destinadas a seu mínimo existencial.

12. A constrição patrimonial deve alcançar o valor da totalidade da lesão ao erário, bem como sua repercussão no enriquecimento ilícito do agente, decorrente do ato de improbidade que se imputa, excluídos os bens impenhoráveis assim definidos por lei, salvo quando estes tenham sido, comprovadamente, adquiridos também com produto da empreitada ímproba, resguardado, como já dito, o essencial para sua subsistência.

13. Na espécie, o Ministério Público Federal quantifica inicialmente o prejuízo total ao erário na esfera de, aproximadamente, R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), sendo o ora recorrente responsabilizado solidariamente aos demais agentes no valor de R\$ 5.250.000,00 (cinco milhões e duzentos e cinquenta mil reais). Esta é, portanto, a quantia a ser levada em conta na decretação de indisponibilidade dos bens, não esquecendo o valor do pedido de condenação em multa civil, se houver (vedação ao excesso de cautela).

14. Assim, como a medida cautelar de indisponibilidade de bens, prevista na LIA, trata de uma tutela de evidência, basta a comprovação da verossimilhança das alegações, pois, como visto, pela própria natureza do bem protegido, o legislador dispensou o requisito do perigo da demora. No presente caso, o Tribunal a quo concluiu pela existência do fumus boni iuris, uma vez que o acervo probatório que instruiu a petição inicial demonstrou fortes indícios da ilicitude das licitações, que foram supostamente realizadas de forma fraudulenta. Ora, estando presente o fumus boni iuris, como constatado pela Corte de origem, e sendo dispensada a demonstração do risco de dano (periculum in mora), que é presumido pela norma, em razão da gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público, conclui-se pela legalidade da decretação da indisponibilidade dos bens.

15. Recurso especial não provido.

(REsp 1319515/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel, p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 21/09/2012.)

Por outro lado, conforme se infere das razões recursais e dos documentos que a acompanham, o *fumus boni iuris* ficou demonstrado pela documentação apresentada em juízo, que tem por base o Inquérito Policial 0038/2007, instaurado pela Polícia Federal (Superintendência Regional no Distrito Federal), que aponta irregularidades em diversas operações de crédito concedidas pela Caixa Econômica Federal entre os meses de janeiro e novembro de 2005, período em que o agravado Marcos Francisco Borges exercia o cargo de gerente de relacionamento empresarial daquela instituição financeira.

Ressalte-se que a petição inicial, com fundamento nas provas inicialmente apresentadas, descreve a conduta dos agravados, demonstrando, a princípio, que eles teriam praticado e se beneficiado dos atos questionados.

Tais irregularidades consistiriam na emissão de duplicatas simuladas que eram apresentadas como garantia para a concessão de operações de crédito (desconto de títulos).

No caso em tela, o valor do dano ao erário apontado pelo agravante é de R\$ 2.666.471,40 (dois milhões, seiscentos e sessenta e seis mil, quatrocentos e setenta e um reais e quarenta centavos)

Entendo, todavia, que em relação às pessoas físicas alvo do agravo, Bruno Teixeira Albuquerque e Marcos Franciscoco Borges e Haroldo Naves Loureiro, a constrição não pode incidir sobre verbas de caráter alimentar, tais como *pro-labore* e depósitos em caderneta de poupança no montante de até 40 (quarenta) salários-mínimos, nos termos do art. 649, IV e X, do CPC, sob pena de inviabilizar a manutenção e o sustento dos agravados e de suas famílias.



Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes desta Corte:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL - DECISÃO JUDICIAL QUE DEFERIU BLOQUEIO DE VERBAS DE CONTA BANCÁRIA DO IMPETRANTE, NA QUAL SÃO DEPOSITADOS SEUS VENCIMENTOS - CARÁTER ALIMENTAR - ART. 649, IV, DO CPC - IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA, INDEPENDENTEMENTE DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL - CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA - ILEGALIDADE E RISCO DE LESÃO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO - SEGURANÇA CONCEDIDA. [...] IV - No caso, a decisão judicial, quando determinou o bloqueio da conta bancária na qual, comprovadamente, são creditados os vencimentos do impetrante, apresenta-se flagrantemente ilegal, porquanto se trata de indisponibilidade de verba de natureza alimentar, insuscetível de penhora, nos termos do art. 649, IV, do CPC, de cujo bloqueio resulta lesão irreparável ou de difícil reparação ao impetrante, inopinadamente privado de recursos necessários à sua subsistência e de sua família. Em hipótese tal, o mandado de segurança pode ser conhecido, independentemente da interposição de recurso contra a decisão judicial. Precedentes da 2ª Seção do TRF/1ª Região. V - Segurança parcialmente concedida, para excluir, do bloqueio da conta corrente do impetrante, os valores recebidos a título de vencimentos, verba de natureza alimentar. (2ª Seção, MS 2009.01.00.029229-9, Rel. Desembargadora Federal Assusete Magalhães, e-DJF1 27.09.2010, p. 7.)

MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIDOR PÚBLICO. BLOQUEIO DE VERBAS DE CONTAS CORRENTE E POUpanÇA. PROVENTOS. CARÁTER ALIMENTAR. LEI Nº 8.112/90. ART. 649, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. A impetrante teve o bloqueio de valores contidos em suas contas corrente e poupança em decorrência de liminar proferida em ação de improbidade, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra seu filho e outros, em que se apura desvio de verbas públicas oriundas de acordo firmado com o DNER.(...) 3. No entanto a decretação de indisponibilidade de bens e valores não pode ocorrer indistintamente, notadamente quanto às verbas correspondentes aos proventos da servidora, em face de sua natureza alimentícia. 4. Previsão nos arts. 48 da Lei nº 8.112/90 e 649, IV, do Código de Processo Civil. Precedentes. 5. Segurança parcialmente concedida, para excluir do bloqueio as contas corrente e poupança da impetrante, bem assim os valores creditados a título de proventos de aposentadoria. (2ª Seção, MS 2008.01.00.001238-9, Rel. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho, e-DJF1 21.07.2008, p. 14.)

Do mesmo modo, deve-se limitar a medida constritiva para permitir que as pessoas jurídicas agravadas tenham disponibilidade de caixa para fazer frente a seus compromissos empresariais, vale dizer, os pagamentos de fornecedores na aquisição de produtos essenciais à atividade comercial e eventual compromisso de dívida oriunda da atividade fim do negócio, bem como as verbas de natureza trabalhistas e tributárias decorrentes, excluindo-se, por consequência, as atividades não essenciais ao fundo de comércio. A esse respeito, veja-se o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR FISCAL INCIDENTAL. ALEGAÇÃO DE FRAUDE NA FALÊNCIA. DESCONSTITUIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. INDISPONIBILIDADE DA TOTALIDADE DOS BENS. BACENJUD. MEDIDA EXTREMA. LIBERAÇÃO DAS CONTAS SALÁRIO, SALDOS DE CADERNETAS DE POUpanÇA ATÉ O LIMITE FIXADO EM LEI (40 SALÁRIOS MÍNIMOS) E O CAPITAL DE GIRO, ALÉM DOS COMPROMISSOS SALARIAIS E TRIBUTÁRIOS. MANTIDA PENHORA SOBRE O RESTANTE DO PATRIMÔNIO DO EXECUTADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. É possível a desconsideração da personalidade jurídica das empresas ligadas à falida, quando evidenciados indícios de redirecionamento e desvio patrimonial (precedentes do SJT e desta c. Corte). 2. A constrição não pode atingir, sob pena de configurar excesso que poderia comprometer a atividade empresarial, as contas salário, saldos de cadernetas de poupança até o limite fixado em lei (40 salários mínimos), capital de giro, bem como os valores suficientes para o pagamento dos compromissos salariais e tributários (precedentes desta c. Corte). 3. Ausência de provas a autorizar a imediata liberação da constrição. A liberação de todos os valores financeiros bloqueados sem a verificação de sua natureza, montante e destinação resultaria em ineficácia da medida cautelar fiscal. 4. A comprovação da existência e da natureza dos valores que se enquadrem nessa exceção deve ser feita perante o juízo da execução, cabendo o controle recursal própria à Corte de segunda instância. 5. Agravo parcialmente provido. (TRF 5, 4ª Turma, Rel. Desembargador Federal Nagibe de Melo Jorge Neto, DJe 07.07.2011, p 994.)

Nesse sentido, confira-se ainda: TRF 1ª Região, 3ª Turma, AG 0068471-49.2013.4.01.0000/MG, rel. convocado Juiz Federal Renato Martins Prates, e-DJF1 23/01/2015.

Ante o exposto, *concedo parcialmente a antecipação da tutela recursal* pleiteada, determinando a indisponibilidade de bens dos agravados em quantidade suficiente a garantir o ressarcimento integral do valor questionado (R\$ 2.666.471,40), excluídos todos os valores relativos a *pro-labore*, bem como a saldos de caderneta de poupança até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos, os pagamentos de fornecedores na aquisição de produtos essenciais à atividade comercial das pessoas jurídicas agravadas e eventual compromisso de dívida oriunda da atividade fim do negócio, bem como as verbas de natureza trabalhistas e tributárias decorrentes, até o julgamento deste recurso, nos termos da fundamentação.

Dê-se ciência ao ilustre prolator da decisão agravada, solicitando-lhe informações.

Intimem-se os agravados para apresentação de contraminuta.

Após, dê-se vista à PRR 1ª Região.

Publique-se. Intime-se. Cumpra-se.

Brasília, 25 de fevereiro de 2016.

Juiz Federal *Guilherme Fabiano Julien de Rezende*, relator convocado.

## Conflito de Competência 0003475-37.2016.4.01.0000/RO

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado  
Autor: Conselho Regional de Farmácia do Estado de Rondônia – CRF-RO  
Advogada: Dra. Silvana Laura de Souza Andrade  
Réu: Município de Rolim de Moura – RO  
Suscitante: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Rolim de Moura – RO  
Suscitado: Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Ji-Paraná – RO  
Publicação: e-DJF1 de 10/03/2016, p. 344

### Decisão

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Estadual da 1ª Vara Cível da Comarca de Rolim de Moura/RO relativamente à decisão proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara da Subseção de Ji-Paraná/RO que, em execução fiscal proposta pelo Conselho Regional de Farmácia do Estado de Rondônia – CRF/RO, *declinou da competência em prol da Justiça Estadual com jurisdição sobre a sede fiscal da parte requerida.*

O juízo suscitado argumenta com a inconstitucionalidade formal da regra extintiva da competência delegada à Justiça Estadual para o processamento e julgamento das ações executivas fiscais federais (Lei 13.043/2014, art. 114, IX), bem como, *“com a possibilidade de reconhecimento, de ofício, pelo magistrado, da incompetência territorial em tais processos, entendimento esse firmado em Recurso Especial Repetitivo.”*

O juízo suscitante, por sua vez, afirma não possuir competência delegada para processar e julgar a execução haja vista o seu ajuizamento na Justiça Federal posteriormente à revogação do inciso I do art. 15 da Lei 5.010/1966 pelo art. 114, X, da Lei 13.043/2014.

Encaminhados os autos a esta Corte, vieram-me conclusos.

Dispensei a oitiva do Ministério Público Federal, nos termos do disposto no art. 5º, XV, da Recomendação 16/2010 (DJ 16/06/2010, p. 8) do Conselho Nacional do Ministério Público:

*[...] é desnecessária a intervenção ministerial, estando perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, nas demandas em que for parte a Fazenda ou Poder Público (Estado, Município, Autarquia ou Empresa Pública), com interesse meramente patrimonial, a exemplo da execução fiscal e respectivos embargos, anulatória de débito fiscal, declaratória em matéria fiscal, repetição de indébito, consignação em pagamento, possessória, ordinária de cobrança, indenizatória, anulatória de ato administrativo, embargos de terceiro, despejo, ações cautelares, conflito de competência e impugnação ao valor da causa.*

*É o relatório. Decido.*

O Superior Tribunal de Justiça, em sua competência constitucional uniformizadora da interpretação da legislação infraconstitucional, em recurso especial julgado sob o regime de recurso representativo da controvérsia, consolidou a diretriz no sentido de que a execução fiscal proposta pela União e suas autarquias deve ser ajuizada, se a localidade não for sede de vara da Justiça Federal, perante o juízo de direito da comarca do domicílio do devedor, nos termos então prescritos pelo inciso I do art. 15 da Lei 5.010/1966, *“visando a norma legal facilitar tanto a defesa do devedor quanto o aparelhamento da execução, que assim não ficaria, via de regra, sujeita a cumprimento de atos por cartas precatórias.”* (STJ, Recurso Especial Repetitivo 1.146.194/SC, Primeira Seção, na relatoria para o acórdão do Ministro Ari Pargendler, DJe de 25/10/2013.)

E conquanto o dispositivo referido tenha sido revogado pelo art. 114, inciso IX, da Lei 13.043, de 13/11/2014, destaco que a sua aplicação se mantém, conforme a norma de transição prevista no art. 75 da própria lei revogada:

*a todas as execuções fiscais da União e de suas autarquias e fundações públicas ajuizadas anteriormente ao início da vigência da norma revogadora.*

*No caso em presença, tendo sido ajuizado o executivo fiscal aos 30/05/2012, quando ainda em vigor o citado art. 15, inciso I, da Lei 5.010/1960, o qual somente veio a ser revogado pelo art. 114, inciso IX, da Lei 13.043, publicada no DOU de 14/11/2014 (retificada a publicação na mesma data, em edição extra), o comando inaugurado pela Lei 13.043/2014 não alcança a espécie ora analisada.*

Contrariamente, pois, ao sustentado pelo juízo suscitante, é a data do ajuizamento da ação executiva fiscal – e não a do recebimento dos autos, ou a da remessa a outro juízo — o marco temporal de aferição da incidência da norma revogadora.

Confira-se, nesse sentido, a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Assim, ao tempo da distribuição da ação executiva a competência para o seu processamento e julgamento era considerada absoluta, passível de declinação “ex officio” e orientado pelo critério do domicílio do devedor, daí por que a eventual revogação da norma legal que amparava essa compreensão tem o condão de afetar os processos instaurados a partir dela mas não antes, a teor do art. 87 do CPC, como, de resto, decidido no CC 133.993/SP (Rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, julgado em 22/04/2015, DJe 29/04/2015).

Diante do exposto, conheço do conflito para julgar competente o juízo suscitante, da 2.ª Vara de Ararapina.

(STJ: CC 140245, na relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, Data da Publicação: 05/06/2015 – grifou-se.)

E nesta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INEXISTÊNCIA DE VARA FEDERAL NA CIDADE DE DOMICÍLIO DO EXECUTADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL DA COMARCA DE DOMICÍLIO DO EXECUTADO. ART. 75 DA LEI 13.043/2014. APLICAÇÃO ÀS AÇÕES AJUIZADAS APÓS 14/11/2014.

1. Afigura-se absolutamente incompetente para processar e julgar a execução fiscal a seção judiciária federal situada fora do domicílio do executado.

2. A revogação do inciso I do art. 15 da Lei 5.010/1966, pelo inciso IX do art. 114 da Lei 13.043/2014, não alcança as execuções fiscais da União e de suas autarquias e fundações públicas ajuizadas antes de 14 de novembro de 2014 – data de vigência desta Lei.

3. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TRF/1ª Região: AG 0014928-63.2015.4.01.0000/PA; Oitava Turma, na relatoria da Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, e-DJF1 de 15/05/2015, p. 3.047 – grifou-se.)

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. DEVEDOR DOMICILIADO EM COMARCA NÃO ATENDIDA POR JUÍZO FEDERAL. AJUIZAMENTO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 13.043/2014 EM VARA FEDERAL DE SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA. COMPETENTE O JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DO DOMICÍLIO DO EXECUTADO. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. DECLINAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

1. “A revogação do inciso I do art. 15 da Lei n. 5.010, de 30 de maio de 1966, constante do inciso IX do art. 114 desta Lei, não alcança as execuções fiscais da União e de suas autarquias e fundações públicas ajuizadas na Justiça Estadual antes da vigência desta Lei” (Lei n. 13.043/2014, art. 75).

2. “A decisão do Juiz Federal, que declina da competência quando a norma do art. 15, I, da Lei nº 5.010, de 1966 deixa de ser observada, não está sujeita ao enunciado da Súmula nº 33 do Superior Tribunal de Justiça” (REsp 1.146.194/SC, STJ, Primeira Seção, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/acórdão Ministro Ari Pargendler).

3. A execução foi ajuizada antes do advento da Lei n. 13.043/2014, na Subseção Judiciária de Itabuna/BA, que declinou de ofício da competência, por ser absoluta, no caso, para o Juízo de Direito da Comarca em que é domiciliado o devedor.

4. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo suscitante.

(TRF/1ª Região: CC 0064145-12.2014.4.01.0000/BA, Quarta Seção, na relatoria do Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa; Juiz Federal convocado Mark Yshida Brandão, e-DJF1 de 17/03/2015, p. 507.)

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL DE DÍVIDA NÃO TRIBUTÁRIA. CONSELHO PROFISSIONAL. AJUIZAMENTO SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA. DEVEDOR DOMICILIADO EM COMARCA DE INTERIOR QUE NÃO É SEDE DE VARA FEDERAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA QUE PODE SER RECONHECIDA DE OFÍCIO: SÚMULA 40 DO EXTINTO TFR. ART. 109, § 3º, DA CF/C ART. 15, I, DA LEI 5.010/66. IRRETROATIVIDADE DA LEI 13.043/2014.

1. (omissis)

2. Não sendo o domicílio do executado, tampouco do exequente, no foro da Subseção Judiciária, esta é absolutamente incompetente para o processo e julgamento da execução fiscal, independentemente da natureza da dívida inscrita. Inteligência dos arts. 109, § 3º, da CF/88; 2º, § 2º, e 15, I, da Lei 5.010/66 e 578 do CPC. Prevalência da Súmula 40 do extinto TFR.

3. A questão foi recentemente pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1146194/SC, pela sistemática do art. 543-C do CPC, no qual a 1ª Seção daquela Corte estabeleceu que: “A execução fiscal proposta pela União e suas autarquias deve ser ajuizada perante o Juiz de Direito da comarca do domicílio do devedor, quando esta não for sede de vara da justiça federal. A decisão do Juiz Federal que declina da competência quando a norma do art. 15, I, da Lei nº 5.010, de 1966 deixa de ser observada não está sujeita ao enunciado da Súmula nº 33 do Superior Tribunal de Justiça.” (REsp 1146194/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 25/10/2013).

4. A revogação do inciso I do art. 15 da Lei 5.010/66 pelo art. 114, IX, da Lei 13.043, de 13 nov 2014, publicada no DOU de 14 nov 2014, não atinge execuções ajuizadas antes da entrada em vigor da nova lei, pois ela não gera efeitos retroativos.

5. Mantida a decisão que reconhece como competente o Juízo de Direito da Comarca de Carinhanha/BA, o Suscitado.

6. Embargos de Declaração do Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado da Bahia conhecidos com agravo regimental ao qual se nega provimento.

(TRF/1ª Região: AGRCC 0074110-14.2014.4.01.0000/BA, Quarta Seção, na relatoria do Desembargador Federal Reynaldo Fonseca e do Juiz Federal (convocado) Rafael Paulo Soares Pinto, e-DJF1 de 08/04/2015, p. 57 – grifou-se.)

No caso em presença, portanto, sendo a executada a Prefeitura Municipal de Rolim de Moura, com sede fiscal no município de mesmo nome, e não existindo vara federal na localidade, sobre não se aplicar à espécie a norma revogadora do inciso I, art. 15 da Lei 5.010/1966, *a competência absoluta para o processamento e julgamento da execução fiscal permanece sendo do juízo estadual, da sede da requerida.*

Ante o exposto, havendo jurisprudência consolidada deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da questão suscitada, e não se aplicando ao caso vertente as alterações promovidas pela Lei 13.043/2014, *conheço do presente conflito e lhe dou provimento, nos termos do art. 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, para declarar competente para processar e julgar a demanda de origem o Juízo Estadual da Comarca de Rolim de Moura/RO, ora suscitante.*

Publique-se.

Intimem-se.

Comunique-se o teor desta decisão aos juízos suscitante e suscitado.

Brasília, 16 de fevereiro de 2016.

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*, relator.

Numeração única: 0002918-63.2006.4.01.3310

Apelação Cível 2006.33.10.002918-0/BA

Relator: Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado)  
Apelante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Apelada: Fundação Nacional do Índio – Funai  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Apelada: União Federal  
Procurador: Dr. Manuel de Medeiros Dantas  
Apelada: Comunidade Indígena Pataxó Hã Hã Hãe (revel)  
Publicação: e-DJF1 de 04/03/2016, p. 1.738

## Decisão

Em ação de reintegração de posse proposta pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra ou autor) contra a Fundação Nacional do Índio (Funai), a União e a Comunidade Indígena Pataxó Hã Hã Hãe (réus),

o Juízo Federal julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, diante da ausência superveniente de interesse processual, decorrente de compromisso firmado entre as partes para a resolução do conflito. O juízo condenou o autor a pagar honorários advocatícios no valor correspondente a 10% sobre o valor da causa. Fls. 389-390.

Recorre o Incra sustentando, em suma, o descabimento de sua condenação em honorários advocatícios, porquanto “a partir do momento que a Funai empreende esforços para que os índios da Comunidade Pataxó Hã Hã Hã devolvam a posse da propriedade esbulhada aos assentados, confirma, mesmo que indiretamente, a procedência da pretensão do Incra”; que, assim, ocorreu sucumbência recíproca, o que afasta a condenação das partes em honorários advocatícios. CPC 1973, art. 21, *caput*. Fls. 405-411.

Nas suas contrarrazões, a Funai e a União afirmam, em uníssono, que “a eventual satisfação de verba honorária requerida em face de outro ente público federal representaria providência desnecessária e sem qualquer conteúdo econômico”. Fls. 415-417, respectivamente.

Nesta instância, a Procuradoria Regional da República (PRR) oficia pelo provimento do recurso. Fls. 425-427.

O Incra tem razão. Houve, entre as partes, composição quanto ao objeto do litígio, tendo a Funai empreendido esforços para a devolução da posse da propriedade esbulhada aos assentados. Considerando que o pedido formulado pelo Incra visava à reintegração e à indenização por danos materiais, o reconhecimento do primeiro pelos réus caracteriza sucumbência recíproca. CPC 1973, art. 21, *caput*. Diante da sucumbência recíproca e aproximada, cada parte deve responder pelos honorários de seus respectivos advogados.

Ademais, “[s]egundo noção clássica do direito das obrigações, ocorre confusão quando uma mesma pessoa reúne as qualidades de credor e devedor. Em tal hipótese, por incompatibilidade lógica e expressa previsão legal extingue-se a obrigação. Com base nessa premissa, a jurisprudência desta Corte tem assentado o entendimento de que não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando atua contra a pessoa jurídica de direito público da qual é parte integrante. A contrario sensu, reconhece-se o direito ao recebimento dos honorários advocatícios se a atuação se dá em face de ente federativo diverso, como, por exemplo, quando a Defensoria Pública Estadual atua contra Município. Recurso especial provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC e à Resolução 8/2008-STJ.” (STJ, REsp 1108013/RJ, rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, julgado em 03/06/2009, DJe 22/06/2009.)

À vista do exposto, dou provimento à apelação para determinar que cada parte deverá responder pelos honorários de seus respectivos advogados.

Publique-se. Notifiquem-se a União, a Funai, o Incra e a PRR.

Brasília, 25 de fevereiro de 2016.

Juiz Federal *Leão Aparecido Alves*, relator convocado.

## Agravo de Instrumento 0000641-61.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro  
 Agravante: Algar Celular S/A  
 Advogados: Dr. Humberto Theodoro Júnior e outros  
 Agravados: Tim Celular S/A e outro  
 Advogado: Dr. Cristiano Carlos Kozan  
 Agravada: Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel  
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
 Publicação: e-DJF1 de 03/03/2016, p. 1.244

## Decisão

Cuida-se de “pedido de reconsideração”, formulado por Tim Celular S/A e Claro S/A, em razão da decisão liminar proferida no presente agravo de instrumento interposto pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), que, deferindo o efeito suspensivo, sustou os efeitos da decisão que antecipou a 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” (fl. 1.815).



As peticionantes afirmam que o agravo de instrumento veio desacompanhado da indicação acerca do elemento representativo do perigo de lesão grave e de difícil reparação, e acrescentam que a Anatel já havia iniciado os trâmites necessários ao cumprimento da medida liminar deferida em primeiro grau.

Invocam a aplicação da compreensão do presidente deste Tribunal, que, ao apreciar pedido de suspensão de segurança (processo 0000580-06.2016.4.01.0000), apresentado pela empresa Sercomtel S/A – Telecomunicações, considerou que a decisão de primeiro grau se encontrava devidamente fundamentada e não impedia que a Anatel fizesse logo nova consulta pública.

Decido.

Não diviso elementos que justifiquem a reconsideração da decisão proferida pela ilustre Juíza Hind Ghassan Kayath, em substituição a este relator.

Em primeiro lugar, entendo que a fundamentação utilizada para amparar a decisão proferida nos autos de suspensão de segurança não pode ser aplicada, *ipsis litteris*, ao presente feito, uma vez que os requisitos de cabimento daquele instrumento processual diferem sobremaneira dos que são pertinentes ao agravo de instrumento.

Ademais, como foi observado, na hipótese, pela magistrada que me substituiu, *in verbis*:

A questão posta à exame cinge-se a uma análise formal da situação.

No caso, o artigo 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 n. 621/2013), por sua vez, em seu § 2º, do artigo 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 e 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.

As razões expostas pela ilustre magistrada, apesar de caminharem em sentido contrário aos interesses da parte que postula o pedido de reconsideração, são firmes para sustentá-la, principalmente neste momento de cognição sumária, próprio do agravo de instrumento.

Ante o exposto, indefiro o pedido de reconsideração.

Publique-se.

Após, considerando que já foi apresentada a contraminuta ao agravo de instrumento, voltem-me os autos conclusos para julgamento do agravo.

Brasília, 29 de fevereiro de 2016.

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*, relator.

## Agravado de Instrumento 0011611-23.2016.4.01.0000/PA

Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada)  
 Agravantes: Danielle Oliveira Matos e outros  
 Advogados: Dra. Mariana Viganor da Silva e outro  
 Agravada: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero  
 Advogados: Dr. Fabrício Machado de Moraes e outros  
 Publicação: e-DJF1 de 18/03/2016, p. 3.464

## Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Daniele Oliveira Matos e outros(as) de decisão em que, nos autos de ação de reintegração de posse ajuizada pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), foi deferida liminar nos seguintes termos:

[...] ordeno a reintegração da autora na posse da área reclamada, no prazo de 15 (quinze) dias, cujos efeitos e efetivo cumprimento mantenho, desde já, subordinados à PRÉVIA comprovação nos autos [...], no prazo de 05 (cinco) dias, da publicação do edital de citação dos réus (fl. 135) por pelo menos 02 (duas) vezes em jornal local, sob pena de revogação da medida liminar e extinção do feito sem resolução de mérito [...].

Outrossim, comprovado nos autos pela demandante o cumprimento do encargo que lhe incumbe, [...] fixo, desde já, as seguintes diretrizes para cumprimento da ordem de reintegração de posse:

a) Imediatamente após a comprovação de cumprimento da Decisão de fls. 103/104 e com urgência, deverá o Oficial de Justiça, sob proteção da Polícia Federal e da Polícia Rodoviária Federal, intimar os ocupantes da área esbulhada sobre esta decisão, para que se retirem da área invadida, no prazo de até 10 (dez) dias, sob pena de terem suas construções demolidas e bens móveis apreendidos, inclusive veículos, bem como imposta multa pessoal de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a cada invasor e/ou associação de invasores;

b) o Oficial de Justiça deverá entregar cópia desta decisão aos invasores;

c) o Oficial de Justiça, em momento que lhe seja mais oportuno e seguro, deverá procurar identificar os esbulhadores, por qualquer meio, inclusive pelas placas dos veículos que estejam na área invadida ou sendo utilizados para efetivar o esbulho;

Escoado o prazo assinalado de 15 (quinze) dias, determino a reintegração forçada da área, com apoio da Polícia Federal e também da Polícia Rodoviária Federal e, se o órgão de polícia federal julgar necessário, também o apoio da polícia estadual militar;

a) para a reintegração forçada, a Infraero deverá disponibilizar maquinários para a efetiva demolição das construções eventualmente realizadas pelos invasores, cujos custos de demolição deverão ser ressarcidos pelos invasores identificados e/ou associações, com seu patrimônio (rendas, valores em conta corrente, veículos etc);

b) identificados alguns dos invasores e/ou associação, a secretaria deverá providenciar, cautelarmente, restrição de circulação dos veículos identificados na área invadida (item “c” acima), bem como indisponibilidade de bens e valores nos sistemas Infojud e Bacenjud, a fim de assegurar o pagamento de multa pessoal e dos custos de demolição das estruturas erguidas pelos esbulhadores.

Ao mesmo tempo, determino que o presente mandado reintegratório seja cumprido por dois oficiais de justiça e em caráter de urgência.

Os agravantes alegam que: a) o magistrado fala sobre informação de que “cerca de 80 (oitenta) elementos não identificados haviam novamente adentrado referida área”, liderados por “Índia”; b) “essa tal de ‘Índia’ não pertence ao “movimento de ocupação da Infraero, e também o número de Agravantes é de cerca de 700 (setecentas) pessoas, morando na referida área que encontra-se até com iluminação (postes) e ruas, e pedido pelo vereador [...] ao Poder Público que a referida área se torne de interesse social”; b) a ocupação justifica-se pelas “leituras dos princípios e diretrizes do Plano (Diretor), (que) mostram o compromisso assumido pelo Poder Público, o que não é mera faculdade, trata-se de dever de agir do administrador público, em vista do interesse público”; c) “observando a questão do déficit habitacional por esta ótica, conclui-se que o Poder Público, a partir do disposto no Estatuto das Cidades, intervirá na propriedade particular ou pública sempre que houver interesse público e principalmente quando não estiver a propriedade cumprindo a função social, no caso em tela, pelo abandono e inutilização. / [...] vale combater pela suspensão da liminar, seguida de expedição de ofício ao Poder Público para que diga sobre

interesse em intervenção no imóvel”; d) “restou devidamente comprovado por prova documental, na qual se pode verificar que realmente eram sublocatários em habitação coletiva multifamiliar, e que, também, já estão no imóvel há mais de ano e dia”; e) “também ficou clara a fragilidade da prova documental produzida, no tocante à posse do imóvel pela Agravada”; f) “o *periculum in mora* [...] pode ser demonstrado pelas próprias circunstâncias fáticas, pois uma vez expedido e cumprido o mandado de reintegração de posse, os Agravantes serão expulsos do local em que vivem, ficando com seus familiares à mercê da sorte e sem ter local para onde ir”; g) “os Agravantes, por serem pessoas pobres, [...] terão imensas dificuldades para arranjar imediatamente outro lugar onde possam viver, uma vez que não têm condições de indicar fiador ou de prestar qualquer das outras garantias locatícias no momento”.

Decido.

Em sua petição, os agravantes deixam entrever que a área objeto de ocupação estaria sob processo de transferência para a municipalidade. Ao que consta, a agravada e a municipalidade empreenderam negociações que resultaram na doação de área para fim de consecução de política habitacional do município. No entanto, a área agora esbulhada é outra, que não poderia ser objeto de negociação, porque utilizada nas operações do aeroporto. Assim se constata da petição inicial da possessória:

[...] em 22 de janeiro de 2015, a Prefeitura Municipal de Marabá publicou o Decreto 14/2015-GP em que declara como de utilidade pública para fins de desapropriação o imóvel localizado na área institucional Lote 10, localizado na Área da Infraero, na mesma área ora objeto de reintegração. A Infraero, por sua vez, autorizou a liberação de parte da área da piçarreira para fins de reforma urbana.

Deste modo, ficou a área remanescente, a chamada Área 1 [...]. Esta área é que é o objeto desta atual reintegração.

[...]

A área atualmente ocupada pelos invasores está a menos de 500 metros da cabeceira 07 da pista do Aeroporto de Marabá. Segundo regulamentação federal (Resolução CONAMA n. 004, de 09 de outubro de 1995):

ART. 1º SÃO CONSIDERADAS “ÁREA DE SEGURANÇA AEROPORTUÁRIA - ASA” AS ÁREAS ABRANGIDAS POR UM DETERMINADO RAIOS A PARTIR DO “CENTRO GEOMÉTRICO DO AERÓDROMO”, DE ACORDO COM SEU TIPO DE OPERAÇÃO, DIVIDIDAS EM 2 (DUAS) CATEGORIAS:

I - RAIOS DE 20 KM PARA AEROPORTOS QUE OPERAM DE ACORDO COM AS REGRAS DE VOO POR INSTRUMENTO (IFR); E

II - RAIOS DE 13 KM PARA OS DEMAIS AERÓDROMOS.

[...]

[...] as pessoas que atualmente ocupam o território [...] estão localizadas dentro de uma área a qual o CONAMA já estabeleceu que se trata de área restrita para operações das aeronaves, não devendo haver pessoas naquele local. Trata-se de espaço que se encontra no eixo da pista 07/25 do Aeroporto [...], ou seja, na direção exata onde as aeronaves pousam e decolam. É a chamada zona de aproximação de pouso [...].

Como se vê, a desocupação da área — cuja titularidade não será passível de transmissão, reitere-se — é medida que visa preservar a incolumidade dos próprios agravantes.

Trata-se de terras públicas. Não existe posse, no caso, mas mera detenção. É irrelevante, portanto, perscrutar sobre “posse nova” ou “posse velha”, dicotomia que a jurisprudência supera, de qualquer modo, com o emprego do instituto da tutela antecipada, que dispensa esse exame de “antiguidade” da posse. Além do mais, frise-se, a medida de desocupação mostra-se urgente, haja vista o inequívoco risco de dano.

Não se ignora que o alegado “déficit habitacional” seja responsabilidade do Poder Público. Não obstante, ao que consta, tanto a Infraero quanto a municipalidade já empreenderam medidas concretas para, nos limites do possível, minorarem o prejuízo. De todo modo, a jurisprudência dos regionais é uníssona no sentido de que a política habitacional e as instituições não podem ser reféns de atos que, por mais que se diga “bem intencionados”, sejam, na gênese, contrários à ordem jurídica, como estes aqui se revelam. Confirmam-se, v.g.:

ACÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. LEI Nº 10.188/2001. ESBULHO POSSESSÓRIO. PERDAS E DANOS. INVASÃO POR TERCEIROS.

1. Não há cerceamento de defesa quando a prova pericial indeferida é inútil ao deslinde da controvérsia, e sequer foram especificadas as benfeitorias que se pretendiam avaliadas.

2. É clandestina a ocupação exercida por estranho sobre imóvel integrante do Programa de Arrendamento Residencial (PAR), às escondidas da gestora do referido programa (art. 1º, § 1º, da Lei n.º 10.188/2001). Quem ocupa irregularmente o bem, inclusive tendo sido notificado para se retirar, comete esbulho e dá ensejo à ordem de reintegração de posse, nos termos do art. 926 do CPC e 1.210 do CC. Inviável falar-se em ofensa à função social da posse quando não há posse (e sim esbulho da

posse), não há função (e sim disfunção), e a conduta da parte atua em detrimento de programa social. A invocação de direito à moradia não pode ser subvertida para autorizar invasões.

3. Embora possível em tese a cobrança de valores pela ocupação indevida do imóvel (art. 921, I, do CPC), é inviável cobrar do atual ocupante valores devidos pelo arrendatário original, e não há pedido ou causa de pedir específicos quanto a eventuais outras perdas e danos causados. Também não há parâmetros para aferir o tempo da ocupação, diante da sucessão de invasores no imóvel.

4. Agravo retido e apelações desprovidos.

(AC 201051010131040, Desembargador Federal GUILHERME COUTO, TRF2 - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::13/06/2014.)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ESBULHO CARACTERIZADO. POSSE INFERIOR A ANO E DIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE LIMINAR. AFRONTA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Não há dissídio, na hipótese, sobre o fato de que a posse dos imóveis esbulhados pertence à CEF, bem como de que a construção do Condomínio Residencial Zenóbio dos Santos está abrangida pela Lei nº 11.977/2009, que instituiu o Programa Minha Casa Minha Vida.

2. O esbulho restou igualmente caracterizado, porquanto a própria Agência Municipal de Habitação de Campo Grande encaminhou notificações efetivadas por seu Setor de Fiscalização aos invasores do conjunto residencial, ora agravantes.

3. Os documentos carreados aos autos revelam, ainda, tratar-se de posse inferior a ano e dia. Com efeito, as invasões foram apuradas pela Agência Municipal de Habitação de Campo Grande, tendo sido a CEF informada em 06/07/2015 e comunicado o fato à autoridade policial em 07/07/2015.

4. Notificados a desocupar os imóveis, os agravantes não o fizeram, dando ensejo ao ajuizamento da ação originária, de reintegração de posse em favor da CEF, restando cumpridos os requisitos exigidos pelo artigo 927 do Código de Processo Civil.

5. A alegação, pelos invasores, de que a proteção do direito à moradia, enquanto integrante dos direitos fundamentais, poderia se sobrelevar à garantia, igualmente constitucional, do direito à propriedade, ignora o princípio basilar do ordenamento jurídico vigente - o da legalidade, insculpido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

6. A conduta dos agravantes, que se comportam como se realmente estivessem dentro dos critérios legais exigidos pela Lei nº 11.977/2009, embora disso não se tenha qualquer prova, outorgando a si próprios o direito de invadir propriedade alheia, destinada a programa habitacional, ao argumento, igualmente sem provas, de que os cadastros efetuados pelo Município seriam fraudulentos, é igualmente ilegal e não pode ser respaldada. Precedente.

7. Agravo legal improvido.

(AI 00140663820154030000, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/02/2016 ..FONTE\_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PATRIMÔNIO DE AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. PÓLO PASSIVO. ÁREA INVADIDA. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE DE ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA DE MORADORES. CARACTERIZAÇÃO DE ESBULHO. DIREITO DE PROPRIEDADE. POSSE DIRETA E INDIRETA. AFASTAMENTO DA ANÁLISE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DO DIREITO DE MORADIA.

1. Comprovado nos autos que as invasões foram planejadas e efetivadas por Associação Comunitária de Moradores, que tomou para si tal responsabilidade, inclusive publicamente, e se a mesma pode, como efetivamente o fez, representar os réus em audiência preliminar e audiência conciliatória, por certo ela é parte legítima para representar, não só os réus nominados, mas todos os ocupantes da área invadida, que deverão ser pela Associação individualizados no momento da execução de sentença.

2. Sendo a posse uma extensão do direito de propriedade, sua segurança não repousa somente no elemento físico, mas também no elemento jurídico caracterizado pela propriedade. O exercício da posse constitui um direito juridicamente protegido e qualquer violação a esse direito vem em detrimento ao patrimônio econômico do possuidor.

3. No momento em que terceira pessoa quebra o liame entre o elemento físico e o elemento jurídico da posse, fora dos casos previstos em lei, autorizado está o proprietário a utilizar-se da proteção possessória prevista no art. 926 do CPC, buscando a reintegração de sua posse.

4. A autarquia Previdenciária comprova possuir tanto a posse indireta como a direta, ou seja, além da posse que emana do direito de propriedade é titular da posse direta.

5. A questão da função social da propriedade não foi trazida em matéria de defesa, uma vez que a ação não foi contestada. Por esta razão não podem os réus, em recurso de apelação, levantar este tema.

6. O direito de moradia que a Constituição Federal estabelece como norma programática, não é de ser argüido para afastar a proteção da posse legalmente garantida aos proprietários que foram a estes argumento esbulhados, mormente em se tratando o proprietário de autarquia previdenciária.

7. Não se pode pretender tomar atalhos que passem pela simples denegação da tutela possessória, para a solução de problemas que merecem muito mais a vontade política para serem resolvidos. (AC 199904010898483, LUIZA DIAS CASSALES, TRF4 - TERCEIRA TURMA, DJ 30/01/2002 PÁGINA: 534.)

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO. IMÓVEL INVADIDO. DIREITO A REALIZAÇÃO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO OU MÚTUO. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO CONTRAPOSTO. PRINCÍPIO DISPOSITIVO.

- Cuida-se ação de reintegração de posse proposta pela CAIXA contra invasor de imóvel de sua propriedade. O réu apela da sentença que deferiu o pedido de reintegração fundamentando-se no direito constitucional à moradia para pleitear seja determinada a realização contrato de arrendamento ou de mútuo habitacional entre as partes. - Comprovados nos autos o esbulho e perda da posse em decorrência da invasão do imóvel, tem a proprietária direito à reintegração deferida na sentença. - Ante a inexistência de pedido contraposto (CPC, art. 278, parágrafo 1º) e em face ao princípio dispositivo (arts. 128 e 460, do CPC), não pode o julgador analisar pedido que não foi formulado pela parte no momento oportuno (contestação), descabendo, portanto, apreciar o mérito de alegado direito à contratação de arrendamento residencial ou mútuo habitacional entre as partes, de forma a regularizar a situação do réu no imóvel que invadira. - A título de obter dictum, o art. 6º da Constituição Federal é uma norma de eficácia limitada, dependente de complementação legislativa. A legislação relativa ao PAR visa a executar essa vontade do constituinte, na medida em que facilita a aquisição de moradia pela população de poucos recursos financeiros. Entretanto, esse processo não pode ser atropelado pelos interessados a participarem do PAR mediante invasões de imóveis da CAIXA. Há um procedimento estabelecido que deve ser respeitado em homenagem à ordem e à segurança públicas. Como bem resume a sentença: "a posse injusta não conduz à preferência contratual de qualquer sorte". - Apelação não provida.

(AC 00008313420104058500, Desembargador Federal Paulo Gadelha, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data::23/09/2010 - Página::604.)

Ante o exposto, nego seguimento ao agravo de instrumento (CPC, art. 557, *caput*).

Comunique-se.

Publique-se. Intimem-se.

Oportunamente, dê-se baixa.

Brasília, 9 de março de 2016.

Juíza Federal *Rogéria Maria Castro Debelli*, relatora convocada.

## Agravo de Instrumento 0002459-48.2016.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes  
Agravante: União Federal  
Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias  
Agravada: Gabrielle Vitória Silva Rodrigues (menor)  
Advogados: Dr. José Antônio Guimarães Fraga e outro  
Publicação: e-DJF1 de 17/03/2016, p. 547

### Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União contra decisão que, em ação de rito ordinário, deferiu o pedido de antecipação de tutela determinando que o ente público arque com todos os custos de tratamento médico no exterior para a autora, a menor impúbere Gabrielle Vitória Silva Rodrigues.

A decisão recorrida assim decidiu ao entendimento de que a agravada precisa submeter-se a transplante multivisceral como única alternativa à sua sobrevivência e que essa modalidade de transplante não é realizada no Brasil.

A agravante afirma que o peso da paciente era de 5.120g na data de 03/12/2015 e a criança deve possuir o peso mínimo de 7kg para poder realizar a cirurgia, que ainda dependerá de doador.

Ressalta o elevado custo do tratamento, inicialmente previsto em R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) e pede, ao fim, a antecipação da tutela recursal para reformar a decisão impugnada.



Por meio de nova petição, juntada às fls. 97-9 dos autos digitais, a União afirma que o Hospital Albert Einstein e o Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo – HC/USP, ambos localizados na cidade de São Paulo/SP estão autorizados a realizar transplantes de intestino e multiviscerais tais como o necessitado pela agravada.

É o relatório. Decido.

Evidentemente, a Constituição não pode assegurar uma cobertura universal em termos de excelência de todas as mazelas e infortúnios humanos especialmente que desconsidere as limitações orçamentárias e a escassez de recursos estatais.

Em artigo por mim escrito para a Revista Consultor Jurídico (conjur.com.br), cujo título é *Constituição e poder: o juiz entre a bondade e a justiça*, publicado em 7 de julho de 2014, discorri sobre a dificuldade hoje enfrentada pelos juizes brasileiros em conceder prestações concretas de direitos sociais, como saúde e educação, mesmo quando tal decisão exija a desconsideração das escolhas feitas pelos outros Poderes, especialmente pelo Poder Legislativo.

Nos dizeres de Canotilho<sup>1</sup> (2008, p. 58): “[...] o facto de se reconhecer um direito à vida como direito positivo a prestações existenciais mínimas, tendo como destinatário os poderes públicos, não significa impor como o Estado deve, *prima facie*, densificar esse direito [...]”

Embora esteja cada vez mais popular entre nós a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas, especialmente no que tange ao direito de saúde (entrega de medicamentos, procedimentos cirúrgicos e internações hospitalares de alto custo) e de educação (matrículas em disciplina e cursos sem requisitos necessários), se o princípio da separação e harmonia entre os Poderes, insculpido no art. 2º da Constituição, guarda ainda algum significado em nossa ordem jurídica, só excepcionalmente, com fundamento na própria Constituição, é que o magistrado poderia substituir-se às escolhas feitas pelo legislador.

Nada obstante a minha própria posição sobre o tema, de caráter bem mais restritivo, fato é que o egrégio STF, como é do conhecimento de todos, mesmo atento à excepcionalidade de medidas que desbordem das escolhas feitas pelo legislador, conferiu à matéria, na Suspensão de Tutela Antecipada 244, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, disciplina jurisprudencial específica sobre a entrega de medicamentos em situações similares à do presente caso.

Cuida-se, portanto, de verificar se, na espécie, o caso preenche as singularidades da decisão proferida pelo Supremo (STA 244), na qual foram analisadas as questões complexas relacionadas à concretização do direito fundamental à saúde, levando em conta as experiências e os dados colhidos na Audiência Pública – Saúde, realizada naquele Tribunal, cuja decisão transcrevo, *in verbis*:

DECISÃO: Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada, ajuizado pelo Estado do Paraná, em face da decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba, nos autos da ação ordinária 003.064/2007, mantida pelo Tribunal de Justiça do Paraná no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 454.365-5/01, que determinou o fornecimento do medicamento Naglazyme (Galsulfase) por tempo indeterminado. Na origem, o menor Wesley de Oliveira Xavier ajuizou ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, contra o Estado do Paraná, com o fim de obter o fornecimento do medicamento NAGLAZYME (Galsulfase), na posologia de 3 frascos de 5ml por semana, por tempo indeterminado, necessário para o tratamento da doença Mucopolissacaridose do Tipo VI. (fls. 39-53). O Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba deferiu a antecipação de tutela postulada, fixando multa diária no valor de R\$ 200,00 em caso de descumprimento (fls. 66-68). O Estado do Paraná requereu a suspensão da liminar ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado (fls. 17-35). O Presidente do Tribunal deferiu a suspensão da execução de liminar, sob a fundamentação de que o medicamento não consta da Relação de Medicamentos Excepcionais do Ministério da Saúde, não é registrado na ANVISA e, conseqüentemente, não possui comercialização autorizada no país (fls. 82-86). O autor da ação originária interpôs Agravo Regimental requerendo a cassação da decisão monocrática que suspendeu a tutela antecipada (fls. 92-137). O Órgão Especial do Tribunal, por maioria, deu provimento ao Agravo Regimental, cassando a decisão monocrática do Presidente do Tribunal e restabelecendo a tutela antecipada (fls. 248-262). O Estado do Paraná apresenta novo pedido de suspensão de tutela antecipada a esta Suprema Corte. Alega, em síntese, que o medicamento não foi registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e, portanto, não pode ser comercializado no Brasil. Infere que o Poder Público não pode servir de amparo para experimentos de laboratórios e indústrias farmacêuticas e que cabe ao Poder Executivo elaborar as políticas públicas de saúde, estabelecendo instrumentos e critérios de dispensação de medicamentos à população. Aduz que o Estado não se nega a tratar o autor, mas que é necessário que o menor se submeta à prévia avaliação do SUS para que seja receitado o tratamento disponível. Defende que as prestações de saúde devem ser executadas dentro da ‘reserva do possível’ e que

<sup>1</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

o Estado do Paraná gasta, em razão de decisões judiciais, mais de treze milhões de reais e que só com o autor gastará R\$ 18.000,00 dólares por mês, sem que haja a respectiva fonte de custeio. Sustenta a ocorrência de grave lesão à ordem pública e a possibilidade do 'efeito multiplicador' da decisão. Decido. A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão (Leis nos 12.016/2009, 8.437/1992, 9.494/1997 e art. 297 do RI-STF) permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, a fim de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional.

Assim, é a natureza constitucional da controvérsia que justifica a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o pedido de contracautela, conforme a pacificada jurisprudência desta Corte. No presente caso, reconheço que a controvérsia instaurada na ação em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de ofensa aos arts. 2º, 6º, caput, 167, 196 e 198 da Constituição. Destaco que a suspensão da execução de ato judicial constitui medida excepcional, a ser deferida, caso a caso, somente quando atendidos os requisitos autorizadores (grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas). Nesse sentido, confira-se trecho de decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie no julgamento da STA no 138/RN: '[...] os pedidos de contracautela formulados em situações como a que ensejou a antecipação da tutela ora impugnada devem ser analisados, caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica, certo, ainda, que as decisões proferidas em pedido de suspensão se restringem ao caso específico analisado, não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual' (STA no 138/RN, Presidente Min. Ellen Gracie, DJ 19.9.2007).

Ressalte-se, não obstante, que, na análise do pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de deliberação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS-AgR no 846/DF, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 8.11.1996 e SS-AgR no 1.272/RJ, Rel. Carlos Velloso, DJ 18.5.2001. O art. 4º da Lei no 8.437/1992 c/c art. 1º da Lei 9.494/1997 autoriza o deferimento do pedido de suspensão da execução da tutela antecipada concedida nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. A decisão liminar que o Estado do Paraná busca suspender, ao deferir a antecipação da tutela, determinando que o Estado fornecesse o medicamento Naglazyme (Galsulfase) ao menor Wesley de Oliveira Xavier, fundamentou-se na aplicação imediata do direito fundamental social à saúde, na Lei nº 8.080/90 e na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) 'direito de todos' e (2) 'dever do Estado', (3) garantido mediante 'políticas sociais e econômicas' (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos', (5) regido pelo princípio do 'acesso universal e igualitário' (6) 'às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação'. A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do Direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde, por outro as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e 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 da saúde e além das possibilidades orçamentárias. Em 5 de março de 2009, convoquei Audiência Pública em razão dos diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar em trâmite no âmbito desta Presidência, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros). Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, entendo ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas. Esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes. O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente. Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação. Não raro, busca-se no Poder Judiciário a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência

Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA. A Lei Federal nº 6.360/76, ao dispor sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, determina em seu artigo 12 que 'nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde'. O artigo 16 da referida Lei estabelece os requisitos para a obtenção do registro, entre eles, que o produto seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe. O Art. 18 ainda determina que, em se tratando de medicamento de procedência estrangeira, deverá ser comprovada a existência de registro válido no país de origem. O registro de medicamento, como lembrado pelo Procurador-Geral da República, é uma garantia à saúde pública. E, como ressaltou o Diretor-Presidente da ANVISA, a agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos. Após verificar a eficácia, segurança e qualidade do produto e conceder o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto assemelhado, se o novo medicamento não trouxer benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação. Por tudo isso, o registro na ANVISA mostra-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo a primeira condição para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação. Claro que essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei nº 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que a Agência dispense de 'registro' medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde. O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão.

Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações distintas: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da 'Medicina com base em evidências'. Com isso, adotaram-se os 'Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas', que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente. Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial. Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro. Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los. Como esclarecido pelo Médico Paulo Hoff na Audiência Pública realizada, Diretor Clínico do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las. No entanto, é preciso que o laboratório que realiza a pesquisa continue a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término. Quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente acompanhável pela burocracia administrativa. Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada. Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto,

é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar. Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Dos documentos acostados aos autos, resalto os seguintes dados fáticos como imprescindíveis para a análise do pleito: a) segundo consta do relatório médico assinado pelo Dr. Salmo Raskin (CRM/PR 11162), Wesley de Oliveira Xavier, com 7 anos de idade, foi diagnosticado em 2003 como sendo paciente afetado pela Mucopolissacaridose de Tipo VI, apresentando deformidades esqueléticas, hérnias umbilical e inguinal e opacidade da córnea (fl. 57); b) ainda, segundo o relatório médico, houve significativa piora dos sintomas clínicos nos últimos meses, estando com 'déficit de 95% na visão esquerda, respiração extremamente dificultada, hepatoesplenomegalia, acentuada dificuldade motora e apatia' (fl. 57); c) os exames de fls. 58-61 comprovam que o diagnóstico enzimático (dosagem da enzima Arilsulfatase de 10nmoles/h/mg proteína) foi confirmado pela análise molecular do gene ARSB, revelando a presença de duas mutações (D54N e L 72R); d) o médico prescreveu, de acordo com o diagnóstico e o caráter progressivo da doença, a medicação Naglazyme (Galsulfase), 3 frascos de 5ML por semana (EV bomba de infusão), por tempo indeterminado (fl. 62); e) a Secretaria de Estado da Saúde do Paraná informou que, por não constar da Portaria GM/MS 2577/2006, o medicamento não é fornecido pela Farmácia Especial (fl. 63); f) segundo o Parecer Técnico nº 134/07, da Secretaria de Estado da Saúde do Paraná, o medicamento Naglazyme (Galsulfase) não está registrado na ANVISA, sua comercialização não está autorizada pela ANVISA e não faz parte dos medicamentos gerenciados pelo CEMEPAR (fl. 73); g) ainda segundo o Parecer Técnico, há indicação na bula do Naglazyme para tratamento de substituição enzimática prolongada em doentes com diagnóstico de Mucopolissacaridose VI (Síndrome de Maroteaux-Lamy), tendo sido designado medicamento órfão para o tratamento da doença em 14 de fevereiro de 2001 (fls. 73 e 76); h) 'Em 24 de Janeiro de 2006, a Comissão Européia concedeu à BioMarin Europe Ltd uma Autorização de Introdução no Mercado para o Naglazyme, válida para toda a União Européia' (fl. 75); i) o custo mensal do tratamento está orçado em US\$ 18.000,00 (fl. 9); e j) o Estado do Paraná alega que, hoje, destina R\$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais) para cumprir decisões judiciais envolvendo fornecimento de medicamentos (fl. 7).

O argumento central apontado pelo Estado do Paraná reside na falta de registro do medicamento Naglazyme (Galsulfase) na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e, conseqüentemente, a proibição de sua comercialização no Brasil. No caso, à época da interposição da ação pelo Ministério Público Federal, o medicamento Naglazyme ainda não se encontrava registrado na ANVISA. A importância da ação regulamentadora, controladora e fiscalizadora da ANVISA para a proteção e promoção da saúde da população, ao garantir a segurança sanitária dos produtos e serviços, fica evidente ao se analisar o Relatório Europeu de Avaliação Pública (EMEA/H/C/640), da Agência Reguladora Européia (EMEA), citado pelo Parecer Técnico da Secretaria de Saúde Estadual, que aprovou a introdução do medicamento na União Européia.

No Relatório Europeu, constam os cuidados necessários para a administração do medicamento e seus possíveis efeitos colaterais: '(...) O Naglazyme é administrado na forma de uma perfusão de 4 horas, uma vez por semana. O Naglazyme deve ser administrado por um médico com experiência neste tipo de tratamento. Antes de cada perfusão, os doentes devem receber um anti-histamínico (para reduzir qualquer reação alérgica) e podem ainda receber um antipirético (para prevenir a febre). (...) Os efeitos secundários mais freqüentes (mais de 1 em 10 doentes nos estudos clínicos) são causados pela perfusão e não pelo medicamento. Estas reações incluíram urticária (uma reação cutânea) da face e do pescoço e problemas respiratórios. Os efeitos secundários mais freqüentes observados nos estudos clínicos foram dores de cabeça, febre, artralgia (dores nas articulações), vômitos, constipações, dores abdominais (dores de barriga), diarreia, dores de ouvidos, tosse e infecções nos ouvidos. O Naglazyme não deve ser utilizado em pessoas que possam apresentar hipersensibilidade (ser alérgicas) à galsulfase ou a qualquer dos seus componentes. (...) O Naglazyme foi autorizado em 'Circunstâncias Excepcionais' porque, como se trata de uma doença rara, não foi possível obter informações completas sobre o medicamento. A Agência Européia do Medicamento (EMEA) reavaliará anualmente quaisquer novas informações sobre o medicamento e atualizará o presente resumo conforme necessário. (...) A empresa que fabrica o Naglazyme irá efetuar estudos para investigar a utilização de Naglazyme em crianças com idade inferior a 5 anos, para monitorar se os doentes desenvolvem anticorpos (proteínas que são produzidas pelo organismo em resposta ao Naglazyme) que possam afetar a resposta ao tratamento, bem como para determinar a dosagem ótima a administrar numa base regular a longo prazo. (...) A empresa que fabrica o Naglazyme está a implementar um plano para monitorar a segurança e a eficácia do medicamento a longo prazo, recolhendo todos os dados necessários dos doentes tratados com o medicamento.' (<http://www.emea.eu.int>) Assim, a decisão monocrática proferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Paraná, ao decidir o pedido de suspensão de liminar nº 454.365, bem analisou a questão: '(...) Ademais, de acordo com o teor do Parecer Técnico nº 13407, subscrito pela Auditora Médica do CEMEPAR (fls. 58/61), o fármaco pretendido, além de não fazer parte dos medicamentos fornecidos pelo Estado do Paraná, não é registrado na ANVISA, e, conseqüentemente, não possui sua comercialização autorizada pelo referido Órgão do Ministério da Saúde. Logo, não tem a sua eficácia terapêutica comprovada. Com efeito, consoante se infere no Parecer referido, embora o medicamento Naglazyme (Galsulfase) esteja indicado para terapêutica de substituição enzimática prolongada em doentes com diagnóstico confirmado de Mucopolissacaridose VI (indicação da bula), observa-se que tal recomendação não esta baseada em estudos científicos aprovados pela ANVISA, Órgão este responsável por tal procedimento no Brasil, tratando-se, portanto, na linguagem médica, de remédio meramente experimental. Sendo assim, permitir o fornecimento de medicamento, em contrariedade às normas estabelecidas pela comunidade médica científica, através dos Protocolos Clínicos (o remédio solicitado sequer é aprovado pela ANVISA não existindo, portanto, Protocolo específico para a sua distribuição),

representa sérios riscos não só à saúde do paciente Wesley, como também à ordem e economia pública (o Estado se vê obrigado a adquirir medicamento que não possui comercialização autorizada no Brasil). Revela-se no contexto a respeito da não-evidência de risco de morte do paciente, ao cessar o uso do citado remédio. Seria mister a realização de perícia, não valendo unilateral relatório médico (fl. 42).’ (fls.84-85) No entanto, em consulta ao sítio da ANVISA na internet, verifiquei que o medicamento Naglazyme (princípio ativo Galsulfase), produzido pela empresa BIOMARIN Brasil Farmacêutica, possui registro (nº 173330001 ) válido até 02/2014.

O medicamento Naglazyme, ademais, não consta dos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, sendo medicamento de alto custo não contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública.

Apesar de o Estado do Paraná alegar a ineficácia do uso de Naglazyme para o tratamento da doença de Mucopolissacaridose Tipo VI, não comprovou a impropriedade do fármaco, limitando-se a inferir a inexistência de Protocolo Clínico do SUS. Como relatado pelo Presidente da Associação Brasileira de Mucopolissacaridoses (MPS) na Audiência Pública, a Terapia de Reposição Enzimática, único tratamento específico para a patologia em questão, não é experimental, uma vez que os fármacos Laronidase (prescrito para MPS Tipo I), Indursulfase (prescrito para MPS Tipo II) e Naglasyme (prescrito para MPS Tipo VI) estão registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e na Agência Européia de Medicamentos (EMEA). Apesar disso, nenhuma das três enzimas são contempladas pela Política de Medicamentos Excepcionais do Sistema Único de Saúde, que não possui tratamento alternativo específico para a doença Mucopolissacaridose. Ademais, o relatório médico de fl. 156 atesta que ‘a terapia de reposição enzimática (NAGLAZYME) constitui o único tratamento eficaz para a doença, e é o único tratamento que pode salvar o paciente de complicações graves’. Ressalte-se, ainda, que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis. Inocorrentes os pressupostos contidos no art. 4º da Lei no 8.437/1992, verifico que a suspensão da decisão representa periculum in mora inverso, podendo a falta do medicamento solicitado resultar em graves e irreparáveis danos à saúde e à vida do paciente.

Assim, não é possível vislumbrar grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas a ensejar a adoção da medida excepcional de suspensão de tutela antecipada. Ante o exposto, indefiro o pedido de suspensão. Publique-se. Brasília, 18 de setembro de 2009. Ministro GILMAR MENDES Presidente

(STA 244, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 18/09/2009, publicado em DJe-180 DIVULG 23/09/2009 PUBLIC 24/09/2009 RF v. 106, n. 407, 2010, p. 385-394) (Grifos acrescidos).

A jurisprudência desta Corte, em casos análogos assim se manifestou:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. SAÚDE PÚBLICA. INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO: POSSIBILIDADE. MEDICAMENTO IMPORTADO SEM REGISTRO DA ANVISA. PACIENTE PORTADOR DE HEMOBLOBINÚRIA PAROXÍSTICA NOTURNA (HPN). PRESCRIÇÃO MÉDICA DE USO DE ECULIZUMABE (SOLIRIS). NÃO COMPROVAÇÃO DE GRAVE LESÃO À ORDEM À SAÚDE, À SEGURANÇA E À ECONOMIA PÚBLICA.

1. Tratando-se de 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, de 07/08/2009), não cabendo, portanto, em regra, pelo menos de forma exauriente, o exame das questões de mérito envolvidas no processo principal, relativamente ao acerto ou desacerto jurídico da decisão, na perspectiva da ordem jurídica, matéria que deve ser tratada nas vias recursais ordinárias. Admite-se apenas, a título de delibação ou de descrição do cenário maior do caso, para aferição da razoabilidade do deferimento ou do indeferimento do pedido, um juízo mínimo a respeito da questão jurídica deduzida na ação principal.

2. O princípio da separação dos poderes não veda que o Judiciário determine, de forma pontual, a o implemento de medidas urgentes, a fim de efetivar o direito constitucional à saúde, em casos concretos e personalizados, a partir de uma política de saúde já estabelecida pelo Executivo. Decisões judiciais relativas à aplicação do art. 196 da Constituição vêm sendo constantemente submetidas ao Supremo Tribunal Federal, o qual entende que, quando a decisão judicial se pauta em determinações genéricas, em princípio, poderia acarretar grave lesão à ordem e à economia públicas (SS 4316).

3. No caso específico do medicamento Soliris (Eculizumabe), o STF, na Rcl n. 497-Agr, observou que, de acordo com estudos científicos apresentados, o fármaco “é o único medicamento eficaz disponível para o tratamento clínico da Hemoglobínúria Paroxística Noturna”, tendo a Anvisa informado que o medicamento Soliris “não é comercializado no Brasil e que não há nenhum outro medicamento registrado que contenha em sua formulação a substância eculizumabe”; e que “o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo suficiente para caracterizar a ocorrência de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a Política Pública de Dispensação de Medicamentos excepcionais tem por objetivo contemplar o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis”.

4. Constatado que existem evidências científicas claras do benefício do uso do medicamento Eculizumabe em pacientes portadores de Hemoglobínúria paroxística noturna, e que o tratamento que vem sendo ministrado ao paciente não está surtindo os efeitos esperados, não cabe ao presidente do tribunal fazer opções de tratamento, mesmo em face da alegada existência de opções terapêuticas distintas para uma mesma doença. Tal atribuição constitui matéria privativa do médico que lhe assiste.

5. Improvimento do agravo regimental.



(AGRSLT 0068834-07.2011.4.01.0000/DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, CORTE ESPECIAL, e-DJF1 de 17/02/2012, p. 10)

DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ALTO CUSTO. RESERVA DO POSSÍVEL. PRESUNÇÃO CONTRÁRIA À ENTIDADE PÚBLICA. ÔNUS DA PROVA. ENFERMIDADE: MUCOPOLISSACARIDOSE VI (MPS VI). REPOSIÇÃO ENZIMÁTICA COM NAGLASYME, ÚNICO TRATAMENTO EXISTENTE. DEFERIMENTO.

1. Competência solidária da União, Estados e Municípios para o fornecimento de medicamentos de alto custo, vencido o relator, que entende ser essa competência, em princípio, do Município e que a competência do Estado e da União é, sucessivamente, supletiva.

2. Na STA 175 AgR, o Supremo Tribunal Federal decidiu: “EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento” (Rel. Ministro Gilmar Mendes - Presidente -, Pleno, DJe de 29/04/2010).

3. A falta de registro na ANVISA não é óbice ao deferimento da pretensão do autor - aquisição do medicamento NAGLASYME, com registro na Europa, a fim de combater a enfermidade conhecida por Mucopolissacaridose VI (MPS VI) ou Síndrome de Maroteaux-Lamy -, porquanto, em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado no país poderá ser autorizada pela ANVISA (Lei n. 9.782/1999), para uso em programas de saúde pública.

4. As razões recursais estão assentadas em que: a) “o custo de cada frasco-ampola deste remédio resulta em US\$ 1.522,50, de modo que o custo médio para o tratamento no decorrer de 06 meses varia entre R\$ 500.000,00 e R\$ 1.200.000,00, a depender do peso do paciente”; b) “o tratamento deve perdurar pela vida inteira do paciente, aflorando-se, neste aspecto, a teoria da reserva do possível”; c) “o medicamento não está registrado na ANVISA, não sendo, portanto, autorizado para comercialização no Brasil”; d) “não há comprovação de sua eficácia e segurança, pois está em fase de experimentação”; e) “em relatório do EMEA, constatou-se que o Naglazyme melhora apenas ligeiramente os sintomas da MPS VI”; f) “os países que comercializam este medicamento não o distribuem gratuitamente”.

5. Haverá sempre presunção da possibilidade de prestação positiva para satisfazer a direito fundamental. É da Administração o ônus de demonstrar cabalmente o contrário, incluída prova do direcionamento dos meios disponíveis para a satisfação de outras necessidades essenciais. A simples alegação de alto custo não é suficiente para negar o fornecimento de medicamento de comprovada eficácia.

6. Sofre o autor de MUCOPOLISSACARIDOSE VI, também denominada SÍNDROME DE MAROTEAUX-LAMY, sendo-lhe receitado, por prazo indeterminado, o uso de GALSULFASE (NAGLAZYME) 5mg/5ml, administrados 2 frascos EV, semanalmente (fls. 38/39), como forma de reposição enzimática. A enfermidade, causada pela deficiência da enzima Arisulfatase B, provoca óbito precoce e graves limitações físicas, por conta da gradual evolução.

7. O relatório médico relata que o autor “apresenta, desde o nascimento, alterações físicas”, a saber: “face sindrômica, com traços grosseiros, opacificação de córnea, crânio aumentado de volume, respiração nasal ruidosa com dificuldade para dormir, tem fígado e baço palpáveis, dedos das mãos curtos, encurtamento dos tendões de Aquiles, levando a alteração de marcha (pisa na ponta dos pés)”.

9. Demonstrada a gravidade da doença e que o uso do medicamento em questão (NAGLASYME) é o único tratamento indicado para o caso e, mais, que dita droga, conquanto não ponha fim à doença, possibilita ao paciente melhor qualidade de vida, deve ser deferida a pretensão. Precedente deste Tribunal (AG 0005166-62.2011.4.01.0000/DF, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, DJe de 09/09/2011).

10. Negado provimento à apelação e à remessa oficial, ficando prejudicado o agravo retido da União. (Grifos acrescidos) (AC 0005024-48.2008.4.01.3400/DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, QUINTA TURMA, e-DJF1 de 12/06/2012, p. 176)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E DIFUSO, CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO.

I - Não merece prosperar a preliminar de ilegitimidade passiva da União para figurar no pólo passivo do presente feito, posto que em se tratando de responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos a hipossuficientes, como no caso, “a União Federal, solidariamente com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, está legitimada para as causas que versem sobre o fornecimento de medicamento, em razão de, também, compor o Sistema Único de Saúde - SUS” (AMS 2004.34.00.017612-9/DF, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Sexta Turma, DJ de 04/06/2007). Precedentes.

II - Na inteligência jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal “o recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.” (RE 607381 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011 EMENT VOL-02546-01 PP-00209).

III - Em sendo assim, caracterizada, na espécie, a impossibilidade do autor de arcar com os custos do medicamento para tratamento de sua doença (Mucopolissacaridose VI), afigura-se juridicamente possível o fornecimento do medicamento postulado, pelo Poder Público, na dosagem e quantidade indicadas pelo médico responsável pelo seu acompanhamento, possibilitando-lhe o exercício do seu direito à vida, à saúde e à assistência médica, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, a sobrepor-se a qualquer outro interesse de cunho político e/ou material. Precedentes. (Grifos acrescidos)

IV - Apelação e remessa oficial desprovidas.

(AC 0062104-33.2009.4.01.3400/DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 de 03/12/2013, p. 426)

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO (FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO). SÍNDROME DE MAROTEAUX-LAMI. PROVA DOCUMENTAL. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. NÃO VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Consoante se extrai da Constituição Federal de 1988, à Saúde foi dispensado o status de direito social fundamental (art. 6º), atrelado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, consubstanciando-se em “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196).

2. É responsabilidade do Poder Público, independentemente de qual seja o ente público em questão, garantir a saúde ao cidadão. No caso em análise, a obrigação de fazer consistiu em assegurar o fornecimento de medicamento Naglazyme ao paciente portador de Síndrome de Maroteaux-Lamy (MPS-VI), conforme constou do relatório e receituário médico expedido pelo médico geneticista do Centro Paulista de Pesquisa e Diagnóstico do Hospital da Clinicas de Ribeirão Preto, no qual foi expressamente consignado a necessidade de realização do tratamento o mais breve possível.

3. Quanto à alegação da reserva do possível, em caso tais “O Estado não pode, a pretexto do descumprimento de seus deveres institucionais, esconder-se sob o manto da “reserva do possível”, pois essa não se presta como justificativa para que o Poder Público se exonere do cumprimento de obrigações constitucionais, principalmente aquelas que se referem aos direitos fundamentais da pessoa humana.” (AGRSLT-14174-68.2008.4.01.0000, Desembargador Federal Presidente Jirair Aram Miguieriam, Corte Especial, DJ de 26.2.2010).

4. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

(AC 0000375-64.2013.4.01.3400/DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, SEXTA TURMA, e-DJF1 de 28/03/2014, p. 1102)

A jurisprudência, portanto, para admitir a atuação excepcional do Judiciário no fornecimento de medicamento ou tratamento de alto custo considera necessária a presença dos seguintes requisitos: a) a parte-autora precisa demonstrar que não tem condições financeiras de arcar com o custo do tratamento pleiteado; b) tem que se demonstrar a inexistência de outro medicamento fornecido pelo SUS para a doença que a acomete; c) que o tratamento não é de cunho experimental, como disposto na decisão proferida na STA 244/STF; e d) que o Poder Público não comprovou a impossibilidade de arcar com os custos do medicamento, aí incluída prova do direcionamento dos meios disponíveis para a satisfação de outras necessidades essenciais.

Nesse sentido, *não parece estar presente, no caso concreto, a excepcionalidade apta a justificar a atuação do Judiciário*. Embora tenha ficado demonstrado que a parte-autora não tem condições financeiras de arcar com o custo do tratamento pleiteado e que a terapêutica não é de cunho experimental, como disposto na decisão proferida na STA 244/STF, a União afirma que *existe tratamento disponibilizado no Brasil* para a doença que acomete a parte-autora a um custo menor do que o valor de US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares americanos) estimado pela agravada (fl. 69 dos autos digitais).

De fato, no caso presente, pretende-se tratamento no exterior, não estando claro, inclusive, as condições, qualificação e eficácia do tratamento. Nada obstante, existe notícia nos autos de que há tratamento similar no Brasil, em centros hospitalares de excelência (cito):

[...]

Cabe destacar, também, que existe fluxo definido no Ministério da Saúde para o atendimento desses pacientes, sendo que existem:

- 15 (quinze) pacientes, com patologias similares ao do paciente/autor, em acompanhamento no Hospital Albert Einstein, sendo que destes, 6 (seis) possuem indicação para transplante multivisceral ou intestino isolado.

- aproximadamente 14 (catorze) pacientes no HC/USP participando do programa de reabilitação intestinal, sendo que deste, 4 (quatro) possuem indicação para transplante [...] (fls. 98 e 101 dos autos digitais)

Além disso, há informações nos autos de que a paciente ainda não alcançou peso suficiente para a realização da cirurgia.

Acresça-se o fato de que, em audiência em meu gabinete, o representante da Advocacia-Geral da União – AGU trouxe a informação de que o mesmo tratamento já pode ser realizado em outro centro de máxima excelência hospitalar em nosso País, no caso, o Hospital Sírio-Libanês em São Paulo/SP.

Além do mais, a realização da cirurgia, obviamente, tem o caráter de irreversibilidade, exigindo do Judiciário máxima precaução de ordem a garantir, certificando-se da necessidade do tratamento, tanto os interesses da paciente quanto os interesses da sociedade, que não pode, ante a escassez orçamentária, aplicar recursos tão vultosos quando não se tenha absoluta certeza da necessidade do procedimento requerido.

Isso posto, *suspendo, por ora, a decisão agravada*, determinando à União Federal que traga prova inequívoca de que o tratamento pode ser realizado em nosso território. Ante a urgência, concedo o prazo de 2 (dois) dias para a manifestação da União, após o que poderei reanalisar o seu pedido.

Intime-se a União, com urgência.

Publique-se.

Brasília, 11 de março de 2016.

Desembargador Federal *Néviton Guedes*, relator.

### Agravo de Instrumento 0004004-56.2016.4.01.0000/TO

Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada)  
Agravante: Alberto de Ribamar Ramos Costa  
Advogados: Dra. Daniela Pimentel Tartuce e outro  
Agravada: Companhia Nacional de Abastecimento – Conab  
Procuradores: Dr. Andrey de Matos Martins e outros  
Publicação: e-DJF1 de 17/03/2016, p. 519

## Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por Alberto de Ribamar Ramos Costa de decisão (fls. 29-34 dos autos eletrônicos) em que, nos autos de cumprimento de sentença (ação de depósito): a) foram indeferidas impugnações ao cumprimento de sentença; b) rejeitou-se impugnação à penhora; c) determinou-se nova avaliação e praça do imóvel penhorado; c) deferiu-se o levantamento dos valores penhorados; d) indeferiu-se pedido de "intimação do devedor para que indique o paradeiro do reboque bloqueado". O agravo dirige-se, ainda, contra decisão (fls. 36-38 dos autos eletrônicos) em que, nos mesmos autos de cumprimento de sentença, julgaram-se improcedentes os embargos de declaração, com condenação do "embargante ao pagamento de multa de 1% do valor da causa, tendo em conta o caráter manifestamente protelatório dos embargos de declaração".

O executado alegou: a) não houve constituição de procurador com observância do § 1º do art. 17 do Decreto 369/1991. "A procuração também viola o § 1º do art. 654 do CC"; b) a procuração trazida como cumprimento de sentença ressurte-se dos mesmos vícios da procuração já objurgada. "Posta assim a questão, é de se dizer que, como está composta a representação processual, restam vulnerados os arts. 37 e 38, do CPC, e, de consequência, impõe-se a extinção da ação de depósito porque os procuradores não dispõem de poderes para representar a Empresa arguida, na forma estabelecida pelo art. 267, inciso VI, do CPC c/c o § 4º do art. 301, também do CPC"; c) houve prescrição superveniente, vez que, nos termos da Súmula 150 do STF, a execução prescreve no mesmo prazo da ação. No caso, o prazo de prescrição da ação de depósito é de 3 (três) meses, nos termos do Decreto 1.102/1903; d) o(s) contrato(s) de depósito não foi(ram) assinado(s); logo, não existe(m)"; d) a prescrição da pretensão de depósito ocorreu, nos termos do Decreto 1.102/1903; e) são nulidades de ordem pública: "11) O nulo CONTRATO DE DEPÓSITO assim emoldura o relatório da ineficaz sentença: "A Autora sustenta que a ré, por força do Contrato de Depósito, recebeu, para guarda e conservação, arroz em casca de sua propriedade das safras 87/88 e 88/89. [...] (fl. 437, 2º §); 12) O nulo CONTRATO DE DEPÓSITO dispõe que iria receber produção futura, relativa a safra 90/91; 13) Relata

ainda que "A petição inicial foi instruída com cópias do contrato, recibos de depósitos (onde consta a responsabilidade solidária do fiel depositário), [...] (fl. 437, 3º §) 14) A AÇÃO DE DEPÓSITOS sustenta-se, MERITORIAMENTE (fl. 05), no CONTRATO DE DEPÓSITO "- doc 02 -, que se encontra na fl. 20; 15) Quanto ao PEDIDO a CONAB postulou: "a) entregar a quantidade faltante [...], condenando-se o Réu e fiel depositário a entregar a quantidade [...]" (fl.08); 16)O pedido da Ação de Depósito se deu com base na cláusula V, letra "E" do NULO contrato de depósitos: "E) Entregar os bens sob sua guarda ao DEPOSITANTE, [...] (fl. 20 e 20-v); 17) Porém, o DOCUMENTO DE FL. 20, com data de 30-08-90, denominado CONTRATO DE DEPÓSITO, NÃO ESTÁ ASSINADO PELAS PARTES – não tem assinatura do representante da então CFP/ CIBRAZEM - para regular uma relação jurídica; 18) Nem mesmo as testemunhas estão identificadas e qualificadas, na forma legal; 19) A NULIDADE DO DOCUMENTO DE FL. 20, denominado CONTRATO DE DEPÓSITO, revela, e bem, que o Agravante não foi merecedor da AMPLA DEFESA CONSTITUCIONAL a que tinha e tem direito; 20) DA SENTENÇA - INEFICÁCIA E INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO/FUNDAMENTAÇÃO: Perlustrando à r. sentença, esta, meritoriamente ancorou e sustentou sua fundamentação no NULO CONTRATO DE DEPÓSITO, inclusive fez referência ao referido documento que se encontra na fl. 20 dos autos, repetidamente, a saber: - [...]. A uma, porque o contrato firmado pela requerida para guarda e conservação do arroz [...]. Ao contrário, está inserto na cláusula VIII do pactuado que (transcreve a cláusula VIII) [...] (fl. 20-v)"; (fl. 445); - [...]. Sobre o assunto, a cláusula III do contrato (fl. 20) prevê o seguinte (transcreve a cláusula III); (fl. 446); - [...]. A obrigação de restituir em contratos de armazéns gerais não se regula por aquelas aplicáveis ao contrato de mútuo, (fl. 452, in fine); - [...] a jurisprudência indicada faz referência "CONTRATO DE DEPÓSITO" (fl. 453) - [...], poderia valer-se da rescisão contratual [...]. O fato relevante é o descumprimento de obrigação contratual e de dever imposto pela lei, como se lê no art. 11, item 1º, do Decreto nº 1.102, de 1903: (Art. 11. [...] 1º) [...]. Cessa a responsabilidade nos casos de avarias ou vícios provenientes da natureza e acondicionamento das mercadorias, e de força maior, salvo a disposição do art. 37, parágrafo único." [...] (fl. 447); Em seguida a sentença explicita o porquê da não aplicação do parágrafo único do art. 37 do Decreto 1.102: - [...] Contudo, a exceção prevista no art. 37, parágrafo único do referido Decreto 1.102 não é aplicável ao caso em exame ante o estabelecido na cláusula VIII do contrato de depósito, retrotranscrita. (fl. 448, in limine)".

O magistrado proferiu a seguinte decisão:

#### AUSÊNCIA DE DEFEITO DE REPRESENTAÇÃO

A Conab é uma empresa pública. Nessa condição possui liberdade para escolher, dentro dos limites estabelecidos pela lei, seu mandatário judicial. Essa liberdade decorre da autonomia conferida pela personalidade jurídica, que assegura à empresa [...], entre outras prerrogativas, a confecção de um estatuto que a regerá.

A exigência de que o Presidente da República subscreva mandato para habilitar a atuação do advogado não está em sintonia com essa autonomia. A Conab não é um órgão do Poder Executivo Federal, muito menos está diretamente subordinada ao Chefe desse Poder. Levando em conta o modelo de descentralização administrativa [...], a ela se deve reconhecer a prerrogativa de escolher seu próprio advogado.

Não há qualquer indício de que a representação processual da Conab esteja em dissonância com seu estatuto ou com as normas processuais aplicáveis. Logo, não há que se reconhecer defeito de representação.

Ainda que fosse o caso, esse mero defeito levaria apenas à suspensão do processo até que fosse sanado (art. 13, CPC). Não poderia dar causa à nulidade processual.

#### AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

As alegações concernentes à prescrição da pretensão executória se encontram preclusas, uma vez que já foram devidamente apreciadas na decisão de fls. 1225/1227. As partes foram devidamente intimadas desse ato (fl. 1245), e não houve recurso. A questão não pode ser apreciada (art. 473, CPC).

#### COISA JULGADA. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUTIR QUESTÕES ATINENTES À COGNIÇÃO

As questões relativas à inexistência de contrato de depósito, suas irregularidades ou prescrição, carência de ação, ausência de pressupostos processuais, fraude à lei, litigância de má-fé e violação da boa-fé objetiva deveriam ser apreciadas até a formação do título executivo cobrado nestes autos. Noutras palavras, até o trânsito em julgado da sentença. Logo, todas elas foram superadas pela formação da coisa julgada.

[...]

Questões de ordem pública são aquelas que podem ser apreciadas pelo juiz independentemente de provocação da parte. Nessa definição, não se incluem questões que deveriam ter sido apreciadas na cognição, mas não o foram, apesar da prolação de sentença válida e eficaz. É assim por determinação expressa do artigo 474 do Código de Processo Civil.

[...]

#### AUSÊNCIA DE PROVA DE IMPENHORABILIDADE DOS VALORES BLOQUEADOS

[...]

A lei estipula casos em que os bens do executado devem ser considerados impenhoráveis. No entanto, o ônus de provar essa condição é do próprio executado.

A prova da impenhorabilidade de valores bloqueados por penhora eletrônica é comumente feita pela apresentação de extratos bancários relativos a período anterior ao bloqueio, com a indicação do depositante. No caso dos autos, não foi apresentado nenhum documento bancário capaz de identificar que os valores bloqueados estejam revestidos de impenhorabilidade.

[...]

#### AUSÊNCIA DE PROVA DE INSTRUMENTO DE TRABALHO

O executado impugnou a penhora do veículo VW/AMAROK [...], alegando que se trata de instrumento de seu labor. A exemplo do que ocorreu quanto às alegações relativas às verbas bloqueadas, não há evidências de que a penhora do veículo inviabilize o exercício do trabalho do executado.

[...]

#### III. CONCLUSÃO

Ante o exposto, decido:

- (a) indeferir os pedidos de fls. 1249/1266;
- (b) rejeitar a impugnação à penhora;
- (c) determinar nova avaliação e praxeamento do imóvel penhorado;
- (d) deferir o levantamento dos valores penhorados;
- (e) indeferir o pedido de intimação do devedor para que indique o paradeiro do reboque bloqueado.

[...]

Opostos embargos de declaração, o magistrado decidiu:

[...]

ALBERTO RIBAMAR RAMOS ROCHA opôs embargos de declaração [...]. O embargante insurge-se contra os fundamentos da decisão e alega que houve omissão do julgador por ter deixado de se pronunciar sobre a nulidade absoluta do contrato de depósito.

[...]

Ao contrário do que aduz o embargante, o argumento de que o contrato de depósito é nulo foi expressamente enfrentado pela decisão embargada [...].

Os embargos de declaração não (se prestam) ao reexame do acerto da decisão, pois o inconformismo da parte deve ser objeto do recurso próprio.

A leniência do Poder Judiciário com a interposição de recursos manifestamente protelatórios, como é o caso em exame, vem impedindo a rápida solução dos litígios, direito erigido à condição de fundamental pela Constituição Federal [...].

[...]

Os embargos de declaração estão preordenados à correção de obscuridade, contradição ou omissão [...]. A decisão embargada não possui qualquer vício que possa ser sanado pela via recursal manejada.

O recurso protelatório deve ser sancionado com multa, nos termos do artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

[...]

Ante o exposto, decido:

- a) negar provimento aos embargos de declaração porque não há omissão, obscuridade ou contradição [...];
- b) condenar, com fundamento no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, o recorrente/embargante ao pagamento de multa de 1% do valor da causa, tendo em conta o caráter manifestamente protelatório dos embargos de declaração.

[...]

No agravo, alegou-se que: a) “p Juízo *a quo*, violando o art. 2º do CPC, não apreciou, de ofício, como lhe determina os também violados arts. 267, § 3º e 301, § 4º, do CPC, os requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional: pressupostos processuais e condições da ação”; b) os vícios na representação processual anulam os atos praticados pela exequente, dando lugar, pois, à prescrição superveniente, calcada na Súmula 150 do STF, que prevê que a execução prescreve no mesmo prazo da ação, e tendo em vista o Decreto 1.102/1903, que prevê o prazo de 3 (três) meses para o ajuizamento da pretensão de depósito; c) “quando questionado em sede de Embargos de Declaração em despacho, ausente de fundamentação, nem mesmo enfrentou os EFEITOS INFRIGENTES do



recurso, como lhe competia analisar. A r. decisão, à evidência, ressentiu-se de arroubo autoritário e negativa de prestação jurisdicional./O Douto Juiz *a quo*, ignorando as razões do recurso, tão somente expôs que o despacho desafia recurso próprio. [...] /Decidindo ARBITRARIAMENTE, o douto Juízo *a quo*, apesar das razões e argumentos consistentes reinantes nos aclaratórios, que exigia do magistrado melhores fundamentos para aperfeiçoamento da decisão embargada, considerou o recurso protelatório e aplicou multa de 1% sobre o valor da causa (CPC, art. 538, parágrafo único); d) “evidencia-se a necessidade de afastamento da multa de 1% aplicada com base no Parágrafo Único do art. 538 do CPC, em razão de o Agravante ter se valido de direito de recurso contra decisão que violou o seu DIREITO CONSTITUCIONAL À AMPLA DEFESA de ver analisado, pelo Poder Judiciário, sua *defesa* consistente e fundamentada que ora vem experimentando, como demonstrado e provado, meritoriamente, em clara violação aos seguintes Princípios Constitucionais da AMPLA DEFESA: incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º.”

E pediu tutela para:

- a) conceder EFEITO SUSPENSIVO ao recurso, comunicando ao juiz tal decisão;
- b) para ACOLHER A PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA, declarando a NULIDADE DO PROCESSO e a extinção da lide, em razão do nulo CONTRATO DE DEPÓSITO – NÃO ASSINADO E INCONCLUSO, em cujo documento está fundamentada e sustentada a nula sentença de fls. 436/454, como demonstrado neste recurso;
- c) para ACOLHER A PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE, decretando a extinção do feito;
- d) Afastar a multa de 1% aplicada em clara violação ao art. 535, I e II, e ao Parágrafo único do art. 538, eis que os Embargos Declaratórios além de ter sido interposto com efeito infringente;
- e) cassar a r. decisão recorrida e, conseqüentemente, decretar a nulidade do processo, por não observância de questões de ORDEM PÚBLICA;

Em contraminuta, a Conab alegou que: a) “compulsando-se os autos certifica-se que, quanto às nulidades processuais, no que tange ao cerceamento de defesa e à nulidade das provas produzidas nos autos, já foram devidamente apreciadas, tanto pelo juízo de 1º grau, quanto pelo juízo de 2º grau. Houve ampla dilação probatória, inclusive com a produção de prova pericial, com a respectiva manifestação das partes e reapreciação desses temas também em sede recursal”; b) “destaque-se, ainda, para a preclusão quanto às alegações de ocorrência da prescrição trimestral. Isso porque, não se impugnou em sede de apelação o afastamento da prescrição trimestral, de forma que restou precluso o direito do recorrente em suscitá-la. Dessa forma, não cabe a rediscussão de questões atinentes à prescrição da pretensão condenatória, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, porquanto não as refutara oportunamente, de forma que operada a coisa julgada material, também quanto à prescrição”; c) “concluiu-se, então, não ser possível a extinção da execução, por não tratar a impugnação ao cumprimento de sentença de qualquer das hipóteses permissivas, previstas no art. 475-L, do CPC. Considerando-se, também, a validade e eficácia da sentença proferida, deve ser improvido o recurso por manifesta ofensa à coisa julgada material, conforme exposto”; d) “aduz o agravante a ocorrência da prescrição superveniente, prevista no art. 475-L, inc.VI, do CPC, ao fundamento de que houve vício de representação no cumprimento de sentença, de forma que ensejaria a inexistência dos atos praticados pelos procuradores da recorrida. / Inicialmente, cabe asseverar que, como bem pontuado na decisão recorrida, caso o magistrado, à época, constatasse algum vício de representação, tal defeito poderia ser prontamente sanado, nos termos do art. 13, do CPC. Tal fato não ensejaria a nulidade processual”; e) “atente-se para o fato de que as alegações do recorrente são genéricas e não demonstram nem a ocorrência de irregularidade de representação e, muito menos, a ocorrência de prescrição superveniente. / Ademais, o início do cumprimento da sentença ocorreu antes do trânsito em julgado, não se podendo cogitar a ocorrência de prescrição superveniente, uma vez que o prazo prescricional encontrava-se interrompido, pela inoportunidade do trânsito em julgado das decisões condenatórias em desfavor do recorrente. / Eventualmente, ainda que se admita a alegação da prescrição a esta altura do processo, insta refutar, de forma cabal, a não aplicação do fundamento legal invocado pelo agravante (Decreto 1.102/1903), uma vez que há imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de dano ao erário, facilmente verificável no presente caso”; f) “existe, na realidade, uma má-fé do Agravante em não adotar medidas concretas que solucionem o seu débito, não só já reconhecido judicialmente, como também já transitado em julgado, preferindo adentrar em discussões meramente protelatórias, que em nada vão afastar a obrigatoriedade de adimplir a obrigação. / Destarte, necessária a manutenção da multa imposta nos Embargos Declaratórios, visto que demonstram tão somente manifesto intuito protelatório do recorrente em não adimplir seu débito judicial”.

É o relatório.

Decido.

No dizer do executado-agravante, o contrato de depósito — que embasa a ação de depósito, cuja decisão condenatória ora se executa — é nulo. Isso porque, examinando a cópia que acompanhou a inicial da ação, verifica-se que o contrato não está assinado pelas partes. No raciocínio do executado-agravante, se o contrato é, portanto, nulo, não há prova de depósito e menos ainda de obrigação de restituição de produtos depositados. Se a sentença toma como premissa a legalidade do contrato de depósito, ela também é nula, por “ineficácia e inexistência de motivação”. Por fim, se o título judicial é nulo, a execução deve ser extinta.

Na decisão agravada, o magistrado não enfrentou o “mérito” dessas alegações, ao fundamento de que, com o trânsito em julgado, a coisa julgada imunizou a sentença, obstando o revolvimento da matéria.

O executado-agravante insiste em que a desconsideração da nulidade do contrato ofende o princípio da ampla defesa. A sentença, por sua premissa fática, é, portanto, inconstitucional. Envolvendo inconstitucionalidade, a matéria pode ser suscitada em sede de impugnação mesmo na fase de execução.

Pois bem.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, vem se consolidando jurisprudência no sentido de que “nulidades de natureza absoluta” podem ser arguidas em sede de execução. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no ponto, pode ser entendido como postura que se une a outras, inclusive do legislador (v.g. CPC, art. 741, inciso VI, parágrafo único), por uma interpretação da coisa julgada, a fim de evitar, sobretudo, a permanência (sobrevivência) de decisões judiciais cujas razões de decidir desafiam declarações do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma. Como exemplo, colhe-se a fundamentação do voto condutor proferido pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca no Recurso Especial 1.1559.942/SP:

Quando o órgão judicante ultrapassa sua competência estabelecida pela Constituição Federal, não estamos diante apenas de incompetência absoluta ou *ratione materiae*, mas sim de uma total e completa falta de jurisdição, retirando a validade da decisão judicial proferida e sua capacidade de gerar a coisa julgada.

Tal entendimento encontra-se em consonância com a jurisprudência da Corte Especial do STJ no sentido de que “não se encontrando findo o processo de execução, é lícito ao executado argüir nulidades de natureza absoluta, que porventura maculem o respectivo título exequendo, posto configurarem matéria de ordem pública, não se operando sobre elas a preclusão (Precedentes: REsp 419376/MS, DJ 19.08.2002; REsp 220100/RJ, DJ 25.10.1999; REsp 160107/ES, DJ 03.05.1999)” (AgRg no Ag 977.769/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 3.2.2010, DJe 25.2.2010).

Assim, cuidando-se de nulidade absoluta, como, no caso, incompetência absoluta do juízo, pode o recorrido alegar tal nulidade no corpo do processo de execução, uma vez que se trata de coisa julgada nula.

Tomando, portanto, por plausível a alegação de inobservância da garantia constitucional da ampla defesa, passa-se ao enfrentamento da suposta nulidade.

Primeiramente, do exame da cópia do contrato de depósito, juntada às fls. 68-69, verifica-se que o documento está assinado pelo depositário — o executado-agravante — e por duas testemunhas. Não há como se visualizar assinatura do representante do depositante. Ocorre que a validade ou não do contrato, como prova do depósito, não se resume a este exame. A regra de experiência permite afirmar, sem que isso cause qualquer espécie, a ocorrência, no caso concreto, de algo que é usual entre contratantes. Não é incomum que um contratante aponha sua assinatura apenas na via do contrato que ficará com o outro contratante, deixando para lançar sua assinatura na sua via posteriormente. A via que instrui a inicial da ação de depósito é justamente a do depositante. Daí a explicação para a ausência de assinatura dele.

Mas não é só.

Na sentença, que se diz nula por falta de fundamentação, a prova do depósito não está restrita ao contrato. Veja-se. Do relatório, consta:

Em contestação, a ré alegou, preliminarmente: [...]

[...]

No mérito, confessou ter firmado o referido contrato com a autora [...] (fl. 79 dos autos eletrônicos).

E da fundamentação:

Quanto a matéria de mérito propriamente dita, é incontestado o fato de a requerida ter recebido em depósito o produto que lhe é cobrado, conforme fazem prova os documentos que instruem o processo e sua confissão explícita (f. 128).

Ora, mesmo agora, em sede de execução, não foi trazida prova de que houve vício de vontade nessa declaração (“confissão”). Essa declaração, válida, portanto, torna, no mínimo, contraditória a alegação de “inexistência” de um negócio celebrado entre o executado-agravante e a Conab, como somente agora, repita-se, é alegado.

Na verdade, a alegada “inexistência” ou nulidade do contrato busca sustentação apenas no formalismo. A questão é que mesmo não pairando dúvida sobre a higidez formal do contrato de depósito, no contexto da causa pode(m) ser necessária(s) outra(s) prova(s) tanto para confirmar quanto para negar a obrigação. Isso quer dizer que a pretensão de depósito não tem por fundamento único e exclusivo o contrato. No caso concreto, a sentença funda-se no conjunto probatório. Isso quer dizer que, mesmo que se levante dúvida sobre a literalidade/fidedignidade do contrato juntado, por cópia, pela Conab, a sentença persiste hígida, porquanto embasada no conjunto probatório (recibos de depósito que acompanham a inicial, prova pericial, “confissão”). E, no ponto, a decisão encontra respaldo na consolidada jurisprudência desta Corte sobre o tema, *v.g.*:

DIREITO DIVIL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DEPÓSITO DE PRODUTO DA Conab. RESTITUIÇÃO A MENOR. AÇÃO PARA REAVER O PRODUTO OU OBTER INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. PRAZO DE VINTE ANOS. QUEBRA EM RAZÃO DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. PROVA. ÔNUS DO DEPOSITÁRIO. AUSÊNCIA.

1. A apelante não nega a existência da relação contratual de depósito. Quando diz que não há contrato de depósito, quer, na verdade, dizer que não foi juntado pela Conab o instrumento contratual. Neste particular, é convincente a argumentação da Conab de que “em relação à prova literal do vínculo estabelecido entre as partes, não se reduz apenas ao contrato de depósito, mas também nos recibos, notas fiscais, AGFs (Aquisições do Governo Federal), e também, principalmente, dos conhecimentos de depósito, que demonstram a transferência de mercadorias depositadas em armazéns dos Apelantes”.

[...]

7. Apelação parcialmente provida apenas para afastar do dispositivo a cominação de prisão do(s) réu(s).

(AC 0025140-37.2001.4.01.0000/MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.481 de 29/10/2009)

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CONTRATO DE DEPÓSITO. GRÃOS. Conab. AÇÃO DE DEPÓSITO. RELAÇÃO CONTRATUAL. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO MEDIANTE DOCUMENTOS IDÔNEOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ARMAZEM DEPOSITÁRIO. SÓCIOS DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE CLÁUSULA DE SOLIDARIEDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. DECRETO Nº 1.102/1903. RESPONSABILIDADE DO DEPÓSITÁRIO PELA RESTITUIÇÃO DO PRODUTO DEPOSITADO. NÃO PREVALÊNCIA DO REGULAMENTO INTERNO DO ARMAZÉM. PRECEDENTES.

1. A prova literal que precisa existir para embasar a ação de depósito não é necessária e unicamente o contrato de depósito, mas, sim, qualquer documento que demonstre sem sombra de dúvida a existência daquele contrato. Precedentes.

2. A existência de certificados de classificação, laudos de vistorias, carta de cobrança, recibos de depósitos e, em especial, correspondências enviadas pela empresa Fênix Armazéns Gerais Ltda., à Conab, nas quais ela classifica como “depositária de produtos agrícola”, torna inequívoca a sua legitimidade passiva ad causam.

[...]

8. Apelação da Conab parcialmente provida para determinar a reintegração à lide da empresa Fênix Armazéns Gerais Ltda., bem como para condenar os requeridos a efetuarem a entrega de 25.767 kg de arroz em casca e 5.586 kg de milho em grãos, referentes à safra 88/89, ambos no padrão dos depositados, ou seu equivalente em dinheiro pelo preço atual de mercado, no prazo de 24 horas, corrigidos até o efetivo pagamento.

(AC 0003782-92.1997.4.01.3900/PA, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.119 de 27/08/2010)

Alega-se, ainda, inconsistência na representação processual da Conab desde sempre. Essa inconsistência, no mínimo, dá lugar, no dizer do executado-agravante, a prescrição superveniente (matéria que pode ser alegada em impugnação de cumprimento de sentença). Isso porque, se todos os atos praticados com vício de representação são nulos, a execução — que prescreve no mesmo prazo da ação de conhecimento — não pode ser considerada ajuizada nos três meses previstos no Decreto 1.102/1903.

Acontece que o executado-agravante não traz prova do alegado vício. Fala-se que não há outorga por quem de direito, mas, de acordo com a jurisprudência, a apresentação do estatuto da empresa pública não é compulsória na representação processual, *v.g.*:

AÇÃO ORDINÁRIA REVISIONAL COMBINADA COM DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE CAMBIAL. [...]

[...]

2. Não há que se falar em nulidade de representação processual da CEF, uma vez que a procuração foi regularmente juntada aos autos (fl. 06) e a CEF, como empresa pública, criado por lei, não precisa juntar seu estatuto social para provar sua existência e funcionamento.

[...]

5. Apelação a que se nega provimento.

(AC 00100533420034036105, JUIZ CONVOCADO WILSON ZAUHY, TRF3 - JUDICIÁRIO EM DIA - TURMA Y, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/05/2011 PÁGINA: 83 ..FONTE\_REPUBLICACAO:.)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISSQN. ECT. GARANTIA DO JUÍZO. [...].

[...]

4. [...] "17. De igual modo, não prospera a alegação de irregularidade da representação judicial da embargante. 18. Ora, a inicial desta ação veio acompanhada da procuração de fls. 36, e a jurisprudência possui posicionamento de que, em sendo a empresa pública criada por lei, é prescindível a juntada de estatuto social para comprovação da validade da procuração (cf. TRF da 5ª Região, 3ª Turma, AC 451.771, rel. Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveira Lima, j. 29/10/2009, DJE 13/11/2009, pág. 111). 19. De mais a mais, a irregularidade de representação não enseja a imediata extinção do processo sem resolução do mérito. Verificada a irregularidade, deve o Juiz marcar prazo razoável para que seja sanado o defeito (art. 13 do CPC). Na espécie, medida desnecessária não só pelo que foi dito no item anterior, como pelo fato da embargante, quando da sua manifestação sobre a impugnação do Município de Novo Lino, ter colacionado os documentos reclamados pela parte adversa, cf. fls. 140/141."

[...]

Apelações e remessa obrigatória improvidas.

(APELREEX 00062057620104058000, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data::14/08/2014 - Página::43.)

Ademais, conforme bem lançado na decisão agravada, o vício na representação não afasta o dever do magistrado de fixar prazo para a regularização, que alcança, inclusive, os atos pretéritos (ratificação).

Não há, portanto, fundamento para se perquirir sobre prescrição superveniente.

Tem razão o executado-agravante em relação à multa imposta em face da oposição dos declaratórios, que o magistrado reputou ato procrastinatório. A execução arrasta-se desde 2005. De todo modo, ao que consta, as alegações ora enfrentadas não haviam sido deduzidas. Não se trata, portanto, de mera reiteração. O "atraso" na consecução do executório é "forçado" pela observância do direito de ampla defesa (direito de recorrer). A garantia constitucional da razoável duração do processo não implica (não pode implicar) afastamento do princípio do devido processo legal.

Ante todo o exposto, dou provimento, em parte, ao agravo de instrumento apenas para afastar a multa imposta ao executado-agravante por conta da oposição dos embargos de declaração.

Comunique-se.

Publique-se. Intimem-se.

Oportunamente, dê-se baixa.

Brasília, 3 de março de 2016.

Juíza Federal *Rogéria Maria Castro Debelli*, relatora convocada.

## Agravo de Instrumento 0002148-57.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente  
Agravante: Fundação Cultural Palmares – FCP  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Agravados: Fernando Raimundo Alves Magalhães e outros  
Advogados: Dra. Jaqueline Teresa Santiago Fahning e outros  
Publicação: e-DJF1 de 17/03/2016, p. 544

## Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão proferida pelo juízo da Vara Federal da Subseção Judiciária de Ilhéus/BA deferindo, liminarmente, o pedido de reintegração de posse formulado nos autos da ação ajuizada por Fernando Raimundo Alves Magalhães e outros contra Gírlândio de tal e outros, nestes termos:

FERNANDO RAIMUNDO ALVES MAGALHÃES, qualificado nos autos, ajuizou AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE em face de GIRLÂNDIO DE TAL, NILDO DE TAL, VALMIR DE TAL, AIDA GOMES DE JESUS, DEMETRIO GOMES, DOMINGOS DE TAL e OUTROS TERCEIROS INCERTOS E DESCONHECIDOS, que se autodefinem como remanescentes de Quilombo da Comunidade de Graciosa, localizada no município de Taperoá-BA, conforme Portaria n. 13, de 04/03/2008, da Fundação Cultural Palmares (fl. 32), objetivando, liminarmente, a reintegração de posse em seu favor.

Alegou, em síntese, que é legítimo senhor e possuidor, desde 25/02/2015, de uma área do imóvel denominado “Fazenda Grupo Graciosa”, adquirido por meio de Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda em fase de averbação no Cartório de Registro de Imóveis desta Comarca. Aduziu que sempre fez uso da posse da área, onde possui três galpões utilizados para guardar as mercadorias do seu estabelecimento comercial situado em Boipeba.

Relatou que, na madrugada de 08/04/2015, seu imóvel foi invadido pelos requeridos, e que os mesmos não exercem qualquer atividade de subsistência na área esbulhada, pois todos possuem ocupação laboral, inclusive no serviço público.

Intimada para informar se possui interesse em integrar o feito, a FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES requereu seu ingresso na qualidade de litisconsorte passivo e a suspensão do feito, sob o argumento de que já existe o reconhecimento antropológico da existência da comunidade e sua fixação na região da “Fazenda Grupo Graciosa”, estando em andamento o processo de titulação e de desapropriação (fls. 43/48).

O requerente peticionou às fls. 85/89, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade do Decreto Federal 4.887/03 no controle difuso do ato normativo nesse caso concreto no sentido de prequestionar o direito em tese juntamente com os dispositivos constitucionais e, subsidiariamente, que seja determinado ao INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA (INCRA) o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para apresentar o RTID da Comunidade Graciosa.

Contestação do INCRA juntada às fls. 95/98.

Às fls. 125/126, o requerente requereu a juntada da mídia digital da inspeção judicial (fl. 144) ocorrida nas Ações de Reintegração de Posse n. 1746- 98.2015.4.01.3301 e 1748-68.2015.4.01.3301, que tramitam nesta Vara Única, a fim de utilizá-la como prova emprestada, já que os três processos possuem o mesmo polo passivo e o mesmo pedido, além de se tratarem de áreas contíguas.

Designada audiência de justificação prévia (fl. 80), não houve acordo (fls. 145/146).

Cópia da manifestação ministerial já protocolizada nos autos de n. 1748-68.2015.4.01.3301 acostada às fls. 152/155.

Os requeridos NILDO SACRAMENTO BOMFIM, VALMIR REIS BATISTA, DOMINGOS DOS SANTOS FELIZ, DEMETRIO AMENO GOMES e AIDA GOMES DE JESUS contestaram o feito (fls. 158/194) e requereram: a) extinção do feito sem julgamento do mérito em razão da inadequação da via eleita; b) desentranhamento das petições de fls. 85/89 e 125/126, por não cumprirem os requisitos previstos no CPC; c) o indeferimento do pedido liminar de reintegração de posse; e d) o deferimento da tutela em favor dos réus, em sede de antecipação de tutela, e posteriormente, confirmada em sentença.

É o relatório.

Decido.

I – Das preliminares

Os requeridos alegaram, em sede de contestação, que o tipo de procedimento escolhido pelo autor não corresponde à natureza do feito, que deve ser extinto sem julgamento de mérito (fls. 160/161). Todavia tal alegação não merece prosperar, havendo nos autos elementos suficientes para caracterizar a pretensão como possessória, já que o autor busca a defesa do seu alegado direito de posse.

Ademais, indefiro o pedido de desentranhamento das petições de fls. 85/89 e 125/126, até porque não se tratam de emendas à inicial. Ressalte-se que é lícito a qualquer das partes juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova dos fatos, nos termos do art. 397 do CPC.

II – Da ilegitimidade passiva de GIRLÂNDIO GOMES BOMFIM

Sabe-se que é legitimado passivo em ação possessória aquele que praticou o esbulho, a turbação ou a ameaça. Considerando que GIRLÂNDIO GOMES BOMFIM, policial militar, demonstrou que se encontrava de serviço no momento da invasão (fls. 148/151), há que se reconhecer sua ilegitimidade passiva para figurar na presente demanda.

III – Do pedido liminar

O Código de Processo Civil estabelece, em seu art. 927, que o juiz deferirá a expedição de mandado de reintegração, desde que o autor comprove a posse, o esbulho ou turbação e o momento de sua efetivação.

No presente caso, os documentos que acompanham a inicial comprovam que a parte autora tinha a posse da área litigiosa: instrumento particular de promessa de compra e venda (fls. 13/16), boletim de ocorrência (fl. 19), além do



depoimento das testemunhas ouvidas na audiência de justificação prévia (fls. 145/147) que confirmaram a existência de atividade empresarial de titularidade do autor, que mantém galpões para guardar materiais na área objeto do litígio.

O esbulho, vale dizer, a moléstia à posse do imóvel, e o momento de sua efetivação, da mesma forma, encontram-se caracterizados nas declarações constantes da exordial, no Boletim de Ocorrência n. 191/2015 (fl. 19), nas fotografias acostadas às fls. 20/22, e nas declarações prestadas pelas testemunhas de ambas as partes.

Ante o exposto, rejeito as preliminares arguidas e defiro o pedido liminar de reintegração de posse para reintegrar o autor na posse da área do imóvel descrito às fls. 13/14. Expeça-se mandado de reintegração a ser cumprido por dois oficiais de justiça deste Juízo, com o auxílio da Polícia Militar. Faça-se constar do mandado que, antes da efetivação da medida reintegratória, os Srs. oficiais de justiça devem cientificar os eventuais ocupantes do imóvel para que o desocupem, no prazo de 48 horas.

Fica a parte autora advertida que qualquer benfeitoria que fizer na área será por sua conta e risco, não sendo indenizável pelo INCRA, haja vista que o procedimento de delimitação da área já teve início.

Intimem-se as partes para especificarem e justificarem a produção de novas provas, no prazo de 05 (cinco) dias. Na oportunidade, deverá a parte autora apresentar a original da petição encaminhada via fax em 23/10/2015, e protocolada sob o n. 274866, no prazo de 05 (cinco) dias, a fim de se averiguar eventual ocorrência de conexão.

Caso as partes celebrem acordo extrajudicial, este Juízo deverá ser comunicado para fins de homologação.

Defiro os benefícios da justiça gratuita aos réus NILDO SACRAMENTO BOMFIM, VALMIR REIS BATISTA, DOMINGOS DOS SANTOS FELIX, DEMETRIO AMENO GOMES e AIDA GOMES DE JESUS.

Retifique-se a autuação para: a) excluir GIRLÂNDIO DE TAL do polo passivo da lide; b) incluir a FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES no feito, na qualidade de litisconsorte passivo (fl. 43); c) fazer constar o nome completo dos requeridos VALMIR REIS BATISTA, DEMETRIO AMENO GOMES, NILDO SACRAMENTO BOMFIM e DOMINGOS DOS SANTOS FELIZ.

O eminente Juiz Federal convocado Carlos Eduardo Castro Martins, em substituição a esta relatoria, reservou-se para apreciar o pedido de antecipação da tutela recursal, após a resposta dos recorridos, tendo transcorrido, *in albis*, o prazo para essa finalidade.

\*\*\*

A decisão ora impugnada restou por mim examinada, nos autos do AI 0000061-31.2016.4.01.0000, interposto pelo Ministério Público Federal contra o aludido *decisum*, tendo ali me pronunciado, com estas letras:

Não obstante os fundamentos em que se amparou a decisão agravada, vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 558 do CPC, a autorizar a concessão da almejada antecipação da tutela recursal, em face da sua natureza eminentemente preventiva e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravo, manifestada nas letras e na inteligência do referido dispositivo legal, de forma a evitar a desocupação precoce da referida área, antes mesmo do pronunciamento judicial acerca da legitimidade ou não da pretensão veiculada nos autos de origem, mormente por envolver o interesse de comunidades quilombolas, que se encontram constitucionalmente tuteladas (CF, arts. 5º, XXXV e LXXVIII e 37, caput, da Constituição Federal e art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, regulamentado pelo Decreto nº 4.887/2003,) na determinação de que “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

Ademais, encontrando-se os promovidos na posse do imóvel em litígio, há mais de ano e dia, a sua precoce retomada encontra óbice, em princípio, no art. 1211 do Código Civil, com a nova redação dada pela Lei nº 10.406/2002.

De ver-se, ainda, que a família, base da sociedade, merece especial proteção do estado (CF, art. 226, caput), que deve colocá-la a salvo de qualquer procedimento de crueldade e opressão (CF, art. 227, caput).

Com estas considerações, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial, para sobrestar a eficácia da decisão agravada, até o pronunciamento definitivo da Turma julgadora.

Adotando, pois, como razões de decidir, os mesmos fundamentos da decisão acima transcrita, *defiro*, também aqui, o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial, para sobrestar a eficácia da decisão agravada, até o pronunciamento definitivo da turma julgadora.

Comunique-se, com urgência, via fax, ao juízo monocrático, para fins de ciência e cumprimento desta decisão, na dimensão eficaz do art. 512 do CPC vigente.

Dê-se vista à douta Procuradoria Regional da República, na forma regimental.

Publique-se.

Brasília, 10 de março de 2016.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, relator.

## Agravado de Instrumento 0049373-10.2015.4.01.0000/DF

Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada)  
 Agravante: Afrebras – Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil  
 Advogados: Dr. Oksandro Osdival Gonçalves e outros  
 Agravada: União Federal  
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias  
 Publicação: e-DJF1 de 17/03/2016, p. 540

## Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil de decisão em que, nos autos de ação anulatória ajuizada em face da União (Ministério do Trabalho e Emprego), foi indeferida tutela antecipada visando “a suspensão da eficácia da Portaria 1565/14, do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) para todos os seus associados, exceto aqueles domiciliados no Estado do Paraná, e do artigo 2º da Portaria 05, de 07/01/2015, também do aludido órgão [...]”. Alternativamente, requer a suspensão da *‘eficácia da Portaria em relação aos vendedores e promotores de vendas contratados pelas associadas da autora, que utilizem motocicleta para ir da empresa até o cliente, até o julgamento final desta demanda’*”.

Considerou a magistrada: a) não é possível o deferimento da tutela antecipada no processo de conhecimento porquanto, de acordo com a lei, a medida não será deferida no âmbito das instâncias ordinárias quando a competência originária para o mandado de segurança correspondente for de instância superior. No caso, tivesse o ato, da lavra de Ministro de Estado, sido atacado por mandado de segurança, a competência absoluta para o *mandamus* seria do Superior Tribunal de Justiça; b) além disso, “é cediço que os atos administrativos gozam de presunção de veracidade e legitimidade. Tal presunção, *juris tantum*, e não *jure et de jure*, admite prova em contrário, cujo ônus recai sobre a parte autora”; c) “em exame perfunctório [...], não se verifica qualquer ilegalidade em ambos os atos administrativos ora vergastados, o que se infere a partir da leitura da Nota Técnica 15/2015/CGNOR/DSST/SIT [...]”.

A agravante alega que: a) “caso prático não se trata de impedimento de concessão de tutela antecipada, por possível discussão via Mandado de Segurança no Tribunal. Ao revés, o tema discutido, não encontra objeção para concessão de tutela antecipada em primeiro grau, pois, simplesmente NÃO CABE IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA! Ora, a Portaria 1.565/2014 é dotada de nítido caráter legal, abstrato e impessoal – sem efeito concreto – ela limita-se a regulamentar as normas da Consolidação das Leis Trabalhistas, de modo que incide no caso a Súmula 266 do STF”; b) “a Portaria 1.565/2014 atacada na ação ordinária, é norma que se dirige, indistinta e genericamente, a todas as empresas cujas atividades envolvam a *atividade perigosa em motocicleta*, o que a inclui no conceito de “*lei em tese*” a que se refere à Súmula 266 do STF, logo, é IMPOSSÍVEL enfrentar os vícios da referida portaria por meio de Mandado de Segurança./Sendo assim, incorreu em insuperável equívoco, a decisão que indeferiu o pleito liminar da Agravante, vez que, a discussão daqueles autos, conforme esclarecido acima, NÃO É CABÍVEL NA VIA MANDAMENTAL, repita-se, com entendimento já sumulado pelo STF (266)”; c) “reitera-se [...] que, após a disponibilização da consulta pública para discussão da proposta de regulamentação da matéria em questão, oficializada pela Portaria SIT 439/2014, tanto a Agravante como inúmeras outras entidades representativas dos empregadores postularam a dilação do prazo da consulta pública (fls. 58 e ss), por entenderem, em síntese, que o texto submetido à avaliação da sociedade, ainda incipiente, demandava reflexões e estudos técnicos mais aprofundados./Ocorre que, o pleito absolutamente razoável e pertinente não foi atendido, sendo que se teve conhecimento da resposta negativa apenas UM DIA ANTES DA PUBLICAÇÃO DA PORTARIA AGRAVADA, isto é, quando nem era mais possível a prorrogação requerida./Mais grave ainda, nessa resposta fica evidenciado que *se considerou exclusivamente a posição dos trabalhadores*, tendo a Agravada se manifestado mediante a Nota Informativa 73/2014, QUE CURIOSAMENTE ESTA NÃO JUNTOU ÀS SUAS ALEGAÇÕES”; d) “os e-mails juntados pela Agravada em fls. 210 (verso) a 215, sobre a convocação da comissão da bancada do GTT dão conta que foi *SIMPLESMENTE IGNORADO O PEDIDO DE PRORROGAÇÃO REALIZADO PELA AGRAVANTE E DEMAIS INSTITUIÇÕES REPRESENTATIVAS DOS EMPREGADORES*./Ora Excelência, o simples envio dos aludidos e-mails de modo algum podem ser considerados como válidos para validar a possível convocação dos interessados, porquanto se trata de ato unilateral, que convalidou sua irregularidade através da nota informativa retro, que REPITA-SE, NÃO FOI JUNTADA PELA AGRAVADA”; d) “foram diversas as tentativas de prorrogação por parte dos representantes dos empregadores, todas formalmente, porém, a Agravada APENAS

IGNOROU TAL PEDIDO, realizando a 1ª reunião do GTT à revelia do segmento empresarial – deturpando e comprometendo a própria finalidade do sistema tripartite./Não é demais esclarecer, que o passo seguinte previsto na norma disciplinadora do procedimento seria a reunião do Grupo de Trabalho Tripartite – GTT – que, após estudar e avaliar todas as propostas apresentadas na consulta pública, elaboraria a proposta de regulamentação a ser encaminhada para exame e decisão da Comissão Tripartite Paritária Permanente – CTPP./Todavia, atropelando o procedimento, no mesmo dia 25 de setembro (reunião realizada à revelia dos representantes dos empregadores), a Coordenação-Geral de Normatização e Programas, por meio do Ofício-Circular 101/2014 (fls. 78) - DOCUMENTO ESSE, ESTRANHAMENTE TAMBÉM NÃO APRESENTADO PELA AGRAVADA - convocou para os dias 9 e 10 de outubro todas as representantes das bancadas para a reunião da Comissão Tripartite Paritária Permanente (CTPP), instância superior responsável por analisar a minuta final da regulamentação proposta pelo GTT, JÁ TENDO EM PAUTA O TEMA DA REGULAMENTAÇÃO EM COMENTO – ANEXO V DA NR 16, MESMO NÃO TENDO HAVIDO, ATÉ AQUELE MOMENTO, REUNIÃO DO GTT”; e) “além disso, a convocação, diferentemente do que ocorre em casos análogos, não foi acompanhada da documentação necessária para análise da CTPP, até porque inexistia, à míngua de reuniões prévias, posicionamento forma do GTT./Na verdade, apenas no dia 8 de outubro, véspera da reunião do CTPP é que o GTT teria outro encontro com o objetivo de analisar as sugestões recebidas e iniciar as discussões sobre a proposta de regulamentação./No dia 06/10/2014 então, a representação empresarial foi convocada a participar da 2ª reunião do GTT (fls. 218 verso desta vez apresentada pela Agravada), a ser realizada no dia 08/10/2014. Referida reunião, no entanto, por motivo alheio à vontade dos presentes, foi interrompida subitamente pela autoridade Ministerial que a conduzia, sem que se extraísse qualquer conclusão e, pior ainda, sem qualquer registro oficial apresentado pela Agravada./Ou seja, embora o GTT dispusesse de um prazo de 120 (cento e vinte) dias, prorrogáveis por 60 (sessenta) dias, para discutir todas as sugestões da consulta pública e buscar uma solução de consenso, conforme determina o art. 7º da Portaria 1.127/03, no presente caso houve, de fato, uma única reunião tripartite no GTT, que durou pouco mais de uma hora e foi interrompida sem qualquer conclusão. E mais, nessa única reunião, não foi disponibilizado ao segmento empresarial a compilação do material obtido na consulta pública como deveria ocorrer”; f) não foi levado em conta o seguinte: “Com efeito, as atividades em motocicleta de que trata o §4º do art. 193 da CLT, objeto da regulamentação são, por óbvio, aquelas em que a motocicleta é ferramenta de trabalho, sem a qual a própria atividade não se realiza. É o caso dos motofretistas, mototaxistas e motoboys, atividades reguladas pela Lei 12.009/2014. Estes profissionais trabalham com prazos exíguos, pilotando motocicleta durante toda a jornada de trabalho e quase sempre com pressa para poder realizar o maior número de serviços e aumentar o ganho. Essas condições fazem com que estes profissionais muitas vezes ignorem as regras de trânsito e se exponham a riscos de acidentes. DE OUTRO LADO, ALGUNS PROFISSIONAIS UTILIZAM MOTOCICLETAS COMO SIMPLES MEIO DE LOCOMOÇÃO, COMO, POR EXEMPLO, VENDEDORES E PROMOTORES DE VENDA QUE UTILIZAM MOTOCICLETAS PARA VISITAR CLIENTES, COM AGENDA PREESTABELECIDA, LOCAIS CERTOS E TEMPO FLEXÍVEL. ESTAS ATIVIDADES, AO CONTRÁRIO DAQUELAS REGULADAS PELA LEI 12.009/14, NÃO ESTÃO EXPOSTAS AOS RISCOS QUE A NOVA LEI VISTA PROTEGER E, POR UMA EXIGÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE E DE RAZOABILIDADE, DEVERIAM TER RECEBIDO UM TRATAMENTO ESPECÍFICO E DIFERENCIADO DA NORMA O QUE, FRISA-SE, NÃO OCORREU”; g) “a Portaria 5 de 07 de janeiro de 2015, absurdamente, retomou a vigência da Portaria 1.565 de 13 de outubro de 2014, contudo, excetuou para os gigantes transnacionais Ambev e Coca Cola (representadas pela ABIR), com base justamente na tutela antecipada deferida nos autos de ação ordinária 78075-82.2014.4.01.3400./Ou seja, as pequenas fabricantes estão sendo injustamente ofendidas com a incidência da ilegal Portaria 1565/2014, enquanto que as gigantes do setor estão sendo beneficiadas, vez que tiveram o seu pleito emergencial deferido na mesma seção judiciária (Distrito Federal)./Fere-se, flagrantemente, o princípio da isonomia, já que a suspensão deveria atingir todas as fabricantes de bebidas, não poucas escolhidas, *por isso é imprescindível o cotejo entre as duas ações ordinárias, para que se encerre o prejuízo processual e financeiro causado as associadas da Agravante*”; h) “o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação evidencia-se pelo fato das associadas da Agravante estarem sendo imoderadamente oneradas em obrigações e encargos trabalhistas, por força da ilegal regulamentação discutida./[...] é cristalino que a decisão merece e deve ser reforma, para o fim de conceder a tutela antecipada arguida pela Agravante, já que os motivos assinalados acima para não conceder a tutela antecipada não possuem respaldo legal concreto, porquanto não se pode aguardar até o julgamento final da ação ordinária para que então seja reconhecido o direito das associadas da Agravante, já que, se assim o for, o prejuízo financeiro e mercadológico não poderão ser revertidos”.

Decido.

É cediço que a competência da Justiça do Trabalho foi ampliada com o advento da Emenda Constitucional 45/2004. O inciso I do art. 114 da Constituição, com redação dada pela EC 45, fixou a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar todas “as ações oriundas da relação de trabalho”. O inciso IX diz ser da competência

da Justiça laboral também “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”. Aqui, não se trata de ação de empregador contra empregado ou vice-versa. Mas a competência da Justiça do Trabalho não se resume mais às reclamatórias. A agravante insurge-se contra regulamentação de norma introduzida pela Lei 12.997/2014 à Consolidação das Leis do Trabalho.

O que a agravante pretende é que suas substituídas não sejam obrigadas a pagar adicional de periculosidade aos empregados que trabalham em motocicletas. Parece claro haver, no mínimo, controvérsia decorrente da relação de trabalho. O fato de a União ser a demandada não retira, por si só, a competência da Justiça do Trabalho. De regra, a competência em razão da matéria — a trabalhista — “sobrepõe-se” à competência em razão da pessoa. A União é, por exemplo, da demandada na justiça eleitoral, especializada em matéria eleitoral, em que pese o art. 109 da CF. A Justiça do Trabalho é também justiça federal. O inciso I deixa claro a competência para “as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União”. Por fim, o Supremo Tribunal Federal excluiu da competência da Justiça do Trabalho as causas oriundas de relação institucional/estatutária, o que não é o caso. Há, pois, fundadas dúvidas sobre a competência da Justiça Federal para a causa.

Sobre o mérito, propriamente dito, não vislumbro relevância nos fundamentos do agravo. Conforme bem lançado na decisão agravada, o Ministério do Trabalho e Emprego juntou nota técnica, que embasa a manifestação prévia da União ao pedido de tutela antecipada, em que são narradas, com minúcias, todas as etapas do processo que culminou com a edição dos atos ora impugnados. Ali está assentado que, se houve “pouco” debate (ou pouco tempo para debate), a inconsistência foi causada, também, pelos representantes dos empregadores, que, devidamente cientificados dos atos, não atenderam, em tempo, aos chamados. Da nota técnica, destaca-se:

Por ocasião da regulamentação dos adicionais destinados aos vigilantes e aos trabalhadores expostos a energia elétrica, a bancada empresarial efetuou a indicação de seus representantes normalmente, tendo participado ativamente das discussões e contribuído para o bom andamento dos trabalhos, o que jamais ocorreu em relação à regulamentação do adicional destinado aos trabalhadores em motocicleta.

Talvez a conduta correta, seguindo os princípios gerais da regulamentação indicados na Portaria 186/2010, não tenha se repetido em razão do entendimento, agora pacificado no âmbito do MTE, de que o pagamento adicional somente passa a ser devido após a sua regulamentação. Logo, passou a ser conveniente para os empregadores postergarem o debate, uma vez que quanto maior fosse o tempo destinado a este, maior seria o tempo em que deixariam de pagar o adicional.

A agravante sustenta que os vícios formais tiveram consequências materiais, pois, por exemplo, trataram indistintamente profissionais que pilotam “motocicleta durante toda a jornada de trabalho e quase sempre com pressa para poder realizar o maior número de serviços e aumentar o ganho” e aqueles “PROFISSIONAIS (que) UTILIZAM MOTOCICLETAS COMO SIMPLES MEIO DE LOCOMOÇÃO, COMO, POR EXEMPLO, VENDEDORES E PROMOTORES DE VENDA QUE UTILIZAM MOTOCICLETAS PARA VISITAR CLIENTES, COM AGENDA PREESTABELECIDADA, LOCAIS CERTOS E TEMPO FLEXÍVEL. ESTAS ATIVIDADES, AO CONTRÁRIO DAQUELAS REGULADAS PELA LEI N.12.009/14, NÃO ESTÃO EXPOSTAS AOS RISCOS QUE A NOVA LEI VISTA PROTEGER E, POR UMA EXIGÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE E DE RAZOABILIDADE, DEVERIAM TER RECEBIDO UM TRATAMENTO ESPECÍFICO E DIFERENCIADO DA NORMA”.

Com a devida vênia, não há como concordar com o raciocínio, pelo menos neste exame prefacial. Quer parecer que a norma visa a compensar, com o adicional, o “trabalhador com motocicleta”. O profissional que utiliza a motocicleta como “simples meio de locomoção” está sujeito aos mesmos riscos de qualquer profissional que utiliza a motocicleta. O risco a que esses profissionais estão sujeitos é criado pelo fato de pilotarem motocicleta. Sua condição de “mototaxistas e motoboys” ou de “vendedores e promotores de venda” é irrelevante. Todos pilotam motocicleta e estão sujeitos aos riscos que os condutores desses veículos estão sujeitos no trânsito.

Por fim, o fato de outras empresas “concorrentes” da agravante terem obtido tutela de suspensão dos efeitos da portaria não impressiona. Não há se falar em violação ao princípio da isonomia, porquanto não há, na espécie, efeito vinculante.

Indefiro, portanto, o pedido de antecipação da tutela recursal.

Proceda a Coordenadoria da Quinta Turma nos termos do art. 527, inciso V, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 9 de março de 2016.

Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli, relatora convocada.

## Agravo de Instrumento 0008182-48.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian  
Agravante: Geap Autogestão em Saúde  
Advogados: Dr. Nelson Wilians Fratoni Rodrigues e outros  
Agravada: Associação Nacional dos Servidores da Previdência e da Seguridade Social – Anasps  
Advogados: Dr. Alexandre Barreto Lisboa e outros  
Publicação: e-DJF1 de 15/03/2016, p. 923

### Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Geap Autogestão em Saúde contra decisão proferida pelo MM. juiz federal substituto da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, em exercício na 22ª Vara Federal, que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado pela Associação Nacional dos Servidores da Previdência e Seguridade Social – Anasps e assegurou aos respectivos filiados (ativos, aposentados e seus dependentes) a suspensão dos efeitos do reajuste incidente sobre a contribuição individual perpetrada pela Resolução Geap/Conad 99/2015.

2. Eis o teor do r. ato decisório agravado, no que relevante à compreensão da controvérsia (fls. 45-48):

[...].

No que tange aos índices de reajustes efetivados na contribuição paga pelo beneficiário ao plano de saúde, o e. STJ se manifestou no sentido de que o aumento da mensalidade deve observar o princípio da boa-fé objetiva, a fim de se evitar reajustes desarrazoados que acabem por caracterizar abuso comercial.

Nesse sentido, vejamos:

[...].

No caso em comento, há grande probabilidade do reajuste implementado pela operadora em questão (os quais chegam a ultrapassar os 50% dependendo da faixa etária) acabe por inviabilizar a permanência de inúmeros segurados, o que, aparentemente, pode caracterizar um reajuste abusivo.

Além disso, merece destaque a informação trazida pela autora consubstanciada no fato de que apenas a contribuição paga pelos segurados foi reajustada em índices tão elevados, enquanto a cota custeada pela Administração sofreu um aumento bem inferior.

Assim, até que a questão posta aos autos venha a ser analisada de forma mais detalhada por este Juízo, com o estabelecimento do contraditório, bem como com a produção das necessárias provas, parece-me razoável a suspensão dos reajustes impugnados.

[...].

3. Em suas razões, afirma a agravante, em síntese, que a Resolução 99/15 foi instituída com base em contundentes estudos atuariais e que é a única forma de mantê-la ativa, já que, caso mantida a decisão agravada, deixará de receber cerca de R\$ 13.325.755,61 por mês a título de receitas, já computadas no orçamento para alcance das metas, o que comprometerá vitalmente o cumprimento do plano de saneamento, inviabilizando a sobrevivência da fundação. Aduz, ainda, (a) que, conforme tabela de comparativo de preços colacionada aos autos, mesmo após a implementação do novo custo trazida pela Resolução 99/15, os preços praticados são menores que todos os demais planos operados no mercado comum de consumo; (b) que a diferença entre o preço integral de 2015 e o proposto para 2016 não deriva do fator de índice aplicado linearmente pela Geap, mas sim da diferença de valores dos subsídios patronais pagos pela União e entes públicos, para os servidores, que são deduzidos do valor integral apurado; (c) que a variação da contribuição patronal não pode ser considerada para efeito de cálculo do percentual de custeio, pois definida diretamente pela União; (d) que, se para alguns beneficiários o percentual da contribuição patronal se mostrou insuficiente, onerando o valor pago mensalmente a título de plano de saúde, não há como responsabilizar a agravante, muito menos suspender o percentual de custeio de 37,55%; (e) não lhe caber a definição do valor a ser pago a título de subsídio pela União, seus órgãos e entidades, os quais serão deduzidos do valor integral, tampouco determinar àqueles entes públicos que fixem patamar único de valor e em percentual idêntico ao estipulado pela operadora para o valor de seus planos, de modo a garantir um aumento percentual idêntico a todos os beneficiários,



mas sim verificar, por meio de fatores econômicos e financeiros, qual o valor integral e adequado de custeio que permita a manutenção dos planos de saúde; (f) que decisões que antecipam os efeitos da tutela em casos como o dos autos negam vigência às normas específicas regulamentadoras dos planos coletivos, sem a utilização de critério atuarial mínimo para embasar suas decisões, privando o agravante do exercício regular de seu direito de ampla defesa; (g) que apenas o índice de inflação médica projetada para o ano está previsto em torno de 20%, sendo certo que os demais custos com plano de saúde, em especial com decisões judiciais que impõem coberturas não previstas, não estão previstos neste índice; e (h) haver jurisprudência no sentido de que, nos planos de autogestão, os regulamentos e normas restritivas que buscam a proteção do equilíbrio atuarial e mensalidade compatíveis não podem ser visualizadas como cláusulas contratuais abusivas.

4. Ao final, pugna pela atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, restaurando os efeitos da resolução suspensa; ou pela aplicação do índice indicado pela agravada em sua petição inicial, correspondente a 23,11%, com base na proporção de aumento da participação da União, entidade patrocinadora; ou pela permissão do reajuste de 20% de inflação média indicado pela ANS para o ano de 2016, haja vista ser esse o percentual mínimo para, ao menos, garantir que os serviços prestados não venham a tornar a situação ainda mais deficitária.

Autos conclusos, *decido*.

6. Entendo que a hipótese é, por ora, de reforma parcial da decisão agravada.

7. A leitura das razões recursais, bem como da inicial do feito de origem e da respectiva emenda (fls. 352-373 e 634-660, respectivamente), revela que as partes controvertem, em resumo, quanto ao reajuste da contribuição dos titulares e dependentes de plano de saúde administrado pela agravante, estabelecido na Resolução Geap/Conad 99, de 17/11/2015 (fls. 75 e seguintes).

8. A questão é complexa e requer detido exame dos documentos que instruem os autos de origem e o presente agravo de instrumento, além de oportuna realização de novas e eventuais provas a fim de formar o convencimento do magistrado de primeira instância.

9. Sem entrar no mérito acerca do reajuste abusivo ou não realizado pela Geap em relação aos planos de saúde por ela administrados e referente aos servidores públicos associados à agravante, até porque não é possível concluir, neste momento processual, se o ajuste em certos casos ultrapassa os 50% a depender da faixa etária (alegação da autora/agravada), já que, conforme afirma a agravante, a diferença entre o preço integral de 2015 e o preço proposto para 2016 não deriva do fator de índice por ela aplicado linearmente, mas sim da diferença de valores dos subsídios patronais pagos pela União para os servidores, que são deduzidos do valor integral pago, entendo que suspender por completo qualquer forma de reajuste é capaz de causar à agravante lesão grave e de difícil reparação, máxime diante da alegação de que deixará de receber cerca de R\$ 13.325.755,61 por mês a título de receitas, comprometendo sua sobrevivência e, por consequência, a assistência a mais de 600 mil beneficiários.

10. Por outro lado, manter o reajuste pretendido pela Geap sem antes se confirmar seu caráter abusivo poderá igualmente causar aos associados da agravada graves e irreparáveis danos, sobretudo porque poderão ser onerados demasiadamente por não possuírem condições de arcar com o novo dimensionamento de despesas, inviabilizando sua manutenção no plano de saúde.

11. Parecem-me relevantes, ademais, as alegações de que (a) a ANS, juntamente com a Previc, interviu na Geap buscando melhor controle econômico-financeiro para garantir a manutenção econômica dos planos de saúde, já que em 2012 sua dívida era superior a R\$ 500.000.000,00; (b) ter sido elaborado Plano de Adequação Econômico-Financeira (Plaef), que não considerou premissas que impossibilitaram seu cumprimento, como as decisões na ADI 5086/DF e Representação no TCU 003.038/2015-7, que impediram a adesão de novos beneficiários aos planos ofertados pela Geap; (c) imputou-se à agravante a absorção de carteira financeiramente comprometida da extinta operadora de planos de saúde Fassincra; (d) atualmente, a Geap encontra-se em regime de direção fiscal, que tem como objetivo recuperar a saúde financeira da operadora de saúde; e (e) o prejuízo acumulado pela Geap é de cerca de R\$ 234.000.000,00, havendo a exigência de um ativo garantidor no valor de R\$ 150.000.000,00.

12. Amparado em tais fundamentos, e sendo certo, ainda, que ambas as partes formulam, como pedido subsidiário, a observância do reajuste de 20% de inflação médica indicado pela ANS para o ano de 2016, entendo deva ser acolhido em parte o inconformismo da agravante a fim de que, não obstante a suspensão dos efeitos do reajuste incidente sobre a contribuição individual perpetrada pela Resolução Geap/Conad 99/2015, lhe seja assegurado adotar o reajuste de 20% de inflação médica, permitindo, inclusive, a continuidade de suas atividades.

Pelo exposto, defiro o pedido subsidiário formulado pela agravante (letra d, fl. 39) e, atribuindo efeito suspensivo ao agravo de instrumento, lhe asseguro, em relação aos planos de saúde referentes aos servidores associados à autora/ agravada, o reajuste de 20% de inflação médica indicado pela ANS para o ano de 2016, nada obstante a suspensão da Resolução Geap/Conad 99/2015.

Comunique-se ao MM. juízo de origem pela forma mais expedita, encaminhando-lhe cópia deste decisório.

Intime-se a agravada para, querendo, apresentar contraminuta.

Publique-se.

Brasília, 22 de fevereiro de 2016.

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*, relator.

Numeração única: 0006623-27.2005.4.01.3400

Embargos Infringentes 2005.34.00.006624-2/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente  
Embargante: União Federal  
Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias  
Embargado: Caleb Luiz Rodrigues de Oliveira  
Advogados: Dra. Claudia Alvez Motta Santos e outros  
Publicação: e-DJF1 de 04/04/2016, p. 12

## Decisão

Cuida-se de embargos infringentes interpostos pela União em face do v. acórdão proferido pela colenda Quinta Turma deste egrégio Tribunal, nos autos da apelação interposta contra sentença prolatada no bojo da ação de reintegração de posse ajuizada pela União contra Caleb Luiz Rodrigues de Oliveira, em que busca a reintegração definitiva da autora na posse do bem imóvel descrito na inicial, bem assim, a condenação do réu ao pagamento de perdas e danos, no valor locativo do imóvel, relativamente a todo o período irregularmente ocupado e ao pagamento da multa fixada no art. 15, inciso I, alínea e, da Lei 8.025/1990.

O respeitável acórdão embargado, por maioria, vencido o eminente Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, deu parcial provimento à apelação, restando, assim, ementado:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IMÓVEL FUNCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. EXONERAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. PERDA DO DIREITO DE OCUPAÇÃO. INDENIZAÇÃO EQUIVALENTE AO VALOR LOCATÍCIO DO IMÓVEL. NÃO CABIMENTO. APELAÇÃO. PARCIAL PROVIMENTO.

1. A exoneração de servidor público ocupante de cargo comissionado faz cessar o direito à ocupação do imóvel funcional, constituindo a recusa em restituí-lo à Administração esbulho passível de correção por meio da ação de reintegração de posse.

2. Não é devida a indenização, correspondente ao valor locatício do imóvel, pela ocupação indevida, tendo em vista que a permissão de uso de imóvel é instituto relacionado ao direito administrativo, não incidindo, por isso, qualquer regra pertinente às locações. A utilização indevida do imóvel funcional enseja, ademais, a incidência da multa de que trata o art. 15, inciso I, da Lei n. 8.025/1990, já deferida na sentença.

3. Sentença reformada, em parte.

4. Apelação parcialmente provida.

\*\*\*

Em suas razões recursais, postula o recorrente a prevalência do voto vencido proferido pelo Juiz Federal Evaldo Oliveira Fernandes, que negava provimento ao apelo, esclarecendo “*ser devida a indenização pelo período desde quando cessado o vínculo administrativo, portanto, desde quando deveria devolver o imóvel, e não o fez, até quando efetivamente o fizer. O valor da indenização corresponderá aos valores locatícios do imóvel ou de imóvel semelhante*”.

Vieram-me os autos conclusos, em 17/09/2015.

\*\*\*

Com a vigência e eficácia do novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105, de 16/03/2015, a partir do dia 18 de março do corrente ano, não mais subsiste a figura recursal dos embargos infringentes.

Com efeito, à luz do que dispõe o art. 994 e incisos do novo CPC, somente são cabíveis os recursos de apelação, de agravo de instrumento, de agravo interno, de embargos de declaração, de recurso ordinário, de recurso especial, de recurso extraordinário, de agravo em recurso especial ou extraordinário e de embargos de divergência (CPC, art. 994 e incisos), do que resulta a manifesta prejudicialidade dos embargos infringentes em referência, eis que não mais previstos no ordenamento processual civil em vigor, extinguindo-se, em consequência, a competência jurisdicional uniformizadora da jurisprudência perante o órgão recursal competente (3ª Seção), para decidir os presentes embargos infringentes, ora extintos, *ex lege* e, portanto, prejudicados, por falta de objeto.

Assegura-se, a todo modo, o direito das partes ingressarem com os recursos processuais cabíveis perante as instâncias superiores, nos prazos legais estabelecidos, a contar da ciência desta decisão.

\*\*\*

Com estas considerações, declaro prejudicado o recurso de embargos infringentes em referência.

Publique-se. Intime-se.

Brasília-DF, em 30 de março de 2016.

Desembargador Federal *Souza Prudente*, relator

### Ação Rescisória 0015693-97.2016.4.01.0000/PA

Relator: Juiz Federal Alexandre Buck Medrado Sampaio (convocado)  
 Autor: Jefferson Depra  
 Advogados: Dr. Antonio Roque Arruda e outro  
 Ré: União Federal  
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias  
 Réu: Município de Dom Eliseu – PA  
 Réu: Ministério Público Federal  
 Publicação: e-DJF1 de 06/04/2016, p. 13

## Decisão

*Jefferson Depra* ajuíza a presente ação rescisória contra acórdão desta Corte que, nos autos de ação de improbidade administrativa (2008.39.00.004094-7/PA), o condenou, entre outras sanções, à suspensão dos direitos políticos por cinco anos.

A inicial funda o seu pedido rescisório no inciso II do art. 485 do antigo CPC, alegando nulidade da sentença, em razão da incompetência absoluta do juízo da 2ª Vara Federal do Pará que a prolatou, tendo a alegação suporte fático na circunstância de que, ao tempo do ajuizamento da ação (08/04/2008), a competência para o seu processamento não era da Seção Judiciária do Pará, mas da Subseção de Marabá/PA, cuja jurisdição, ao tempo, abarcaria do Município de Dom Eliseu, local da prática do ato de improbidade a que foi condenado o autor e, portanto, o do dano. A inicial, que traz pedido de antecipação de tutela, para suspender os efeitos da sentença exequenda, assim situa os fatos:

[...] “2.1 - Do processo originário na 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Pará.

Em 08 de Abril do ano de 2008, o Município de Dom Eliseu/PA, por seu representante legal, ajuizou “Ação Civil de Reparação de Dano cumulada com Ressarcimento aos Cofres Públicos” em desfavor de Jefferson Depra, ora Autor, aduzindo, em tese, prestação de contas parcialmente aprovada (na qualidade de Prefeito Municipal), no bojo do convênio de nº. 481/2001, celebrado entre o Ministério da Integração Nacional e aquela Municipalidade, onde determinou um remanescente de R\$ 65.423,03 (sessenta e cinco mil, quatrocentos e vinte e três reais e três centavos). Em razão de tal aprovação parcial, requereu, em sede de inicial, “a procedência da Ação para condenar ao Réu o ressarcimento aos cofres públicos de todos os

valores recebidos pelo Município no ano de 2001, e caracterizando a improbidade prevista no artigo 11 da lei 8429/92, que seja aplicada as penalidades previstas no artigo 12, III, da mesma lei..”, ex vi fls. 03/10 dos autos originários.

Instado a se manifestar, o juízo de primeiro grau determinou a intimação da União para que, no prazo de 10 (dez) dias, apresente manifestação acerca de seu interesse no feito (fls. 29 - autos originário).

A União (fls. 32 – autos originário), requereu o prazo de 30 (trinta) dias para manifestação acerca do ingresso no feito, ante a espera de informações do Ministério da Integração Nacional quanto ao Convênio em litígio.

O Município de Dom Eliseu as fls. 34/42 (autos originários), requereu emenda a inicial, objetivando a inclusão de pedido liminar, inaudita altera pars, com o fito de determinar a suspensão do registro daquele ente público no SIAFI e, por conseguinte, tornar-se-á adimplente perante o Ministério da Integração Nacional.

Mais adiante, agora as fls. 48/99, a União requereu sua admissão no feito na qualidade de litisconsorte ativo da parte Autora.

O juízo de primeiro grau em decisão (fls. 111/117), ao analisar a pedido de intervenção no feito manejado pela União, acabou por declinar da competência para o Município de Dom Eliseu-PA, haja vista, a seu juízo, esta careceria de interesse processual a lume da súmula 150 – STJ.

Agora, as fls. 119/122, o Ministério Público Federal requereu seu ingresso na Lide, também na qualidade de litisconsórcio ativo, nos termos do artigo 17 da Lei nº. 8429/92.

Instado a se manifestar, o juízo indeferiu (fls. 124), o pedido de ingresso formulado pelo MPF fundamentado pela preclusão.

Inconformado com a decisão que declinou da competência para o juízo Estadual, a União manejou Agravo de Instrumento (processo nº. 2009.01.00.039903-3/PA – TRF1), como se vê as fls. 125/134 – autos originários.

No mesmo sentindo, o MPF, inconformado com a decisão que denegou pedido de ingresso no feito por parte deste, lançou mão de Agravo de Instrumento (processo nº. 2009.01.00.042097-9/PA – TRF1 ), ex vi fls. 136/147 – autos originários.

Em juízo de retratação (fls. 148), o MM. Juiz de primeiro grau, manteve a decisão Agravada por seus próprios fundamentos.

O Egrégio Tribunal Regional Federal, ao analisar o pleito (Agravo de Instrumento), manejado pela União Federal, exarou decisão (fls. 152/154), acolhendo o pleito liminar e, por conseguinte, determinou o reingresso desta no feito, bem como o retorno dos autos a 2ª Vara da Seção Judiciária de Belém – Pará para regular processamento do feito.

Considerando a decisão do Egrégio Tribunal Regional Federal, o juízo *a quo*, determinou o regular processamento do feito, reclassificando-o para a classe de Ação de Improbidade Administrativa e, por fim, a notificação do Réu para que ofereça manifestação, conforme fls. 155.

As fls. 163/169 – autos originários - há comunicação ao juízo de primeiro grau, por parte do TRF1, do Acórdão que deu provimento ao Agravo de Instrumento interposto pela União, confirmando o pleito liminar, reconhecendo a competência da Justiça Federal para processamento e julgamento do presente feito.

Operou-se, as fls. 178/179, a citação da parte Ré, ora Autor, com o fito de apresentar manifestação aos pedidos exposta na inicial.

Em razão de tais fatos, o juízo de base, recebeu a petição inicial, determinando o prosseguimento do feito, ex vi fls. 182/184.

Renúncia de mandato por parte do Procurador constituído nos autos pelo Município de Dom Eliseu/PA as fls. 189.

Considerando a Renúncia acima aduzida, fora determinado a intimação daquela Municipalidade objetivando regularizar sua representação processual (fls.199).

As fls. 242/297, vê-se comunicação deste Egrégio Tribunal informando o provimento do Agravo manejado pelo MPF, donde por sua vez determinou o ingresso deste no feito na qualidade de litisconsórcio ativo.

Em data de 27/12/2012, o Réu, ora Autor, foi citado para responder a Ação de Improbidade Administrativa, conforme fls. 270/271.

Em 08 de Agosto de 2013 fora decretado a revelia do Réu (ora Autor), bem como intimou os demais para especificação de provas a produzir, fls. 308.

Novamente, agora as fls. 321, fora decretado novamente a revelia da parte Ré, bem como a intimação dos demais para especificação de provas.

Seguindo o iter processual, o juízo de base (2ª Vara da seção judiciária do Estado do Pará), exarou decisão (fls.325/329), declinando, de ofício, da competência e determinando remessa dos autos para Subseção Judiciária de Paragominas, com jurisdição sobre o Município de Dom Eliseu/PA.

Ao receber a remessa, o juízo da Subseção Judiciária de Paragominas/PA, suscitou conflito de competência para este Egrégio Tribunal, com se vê as fls. 337/338.

De mais a mais, o Egrégio TRF1, em sede do conflito de competência nº. 16843-84.2014.4.01.0000, acabou por determinar (fls. 352), a competência da 2ª Vara da Seção Judiciária do Pará.

Ante a inexistência de provas a produzir, o juízo de base (2º Vara da Seção Judiciária do Pará), exarou SENTENÇA (fls. 365/374), tendo o dispositivo o seguinte teor:

“Ante o exposto, no tocante aos pedidos de suspensão nos cadastros restritivos do SIAFI e CADIM, indefiro a petição inicial, com fulcro no art. 17, 8 da Lei n. 8.429/92.

No mais, julgo procedentes os pedidos por infração ao artigo 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, condenado o requerido as seguintes penalidades (art. 12, II, da LIA): ressarcimento integral do dano apurado em R\$ 65.423,03 (sessenta e cinco mil quatrocentos e vinte e três reais e três centavos); suspensão dos direitos políticos por cinco anos e proibição de contratar com 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 o prazo de cinco anos.

Condeno, ainda, o requerido ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.”

Entretanto, o processo padece de grave mácula, que enseja sua total nulidade, ante a tramitação do feito ter sido processada em foro absolutamente incompetente (art. 2º da Lei nº. 7.347/85 c/c art. 87 do CPC), que por sua vez, tem natureza cogente e insuscetível de derrogação pelas partes.

Nada obstante os fatos aqui articulados, que demonstram fartamente a existência de nulidade processual transrescisória, o MPF manejou cumprimento de sentença (fls. 391), apresentando, para tanto, memória discriminada do débito.

Por essa razão, busca-se a necessária desconstituição do julgado, anulando-se o processo a partir do primeiro despacho exarado nos autos originários (fls.29), em 29/04/2008, na medida em que o Autor está sendo fartamente prejudicado.

A ação, portanto, tem por causa de pedir o fato de em 08/04/2008, data do ajuizamento da ação de improbidade administrativa, a competência para o seu julgamento ser da Vara de Marabá, em cuja jurisdição estaria inserto o Município de Dom Eliseu, local do dano decorrente do ato de improbidade a que foi condenado o autor, na premissa de que ações desse tipo desafiam a competência do juízo do local do dano.

Isso não obstante, tem-se que a Lei 8.429/1992 não dispõe acerca da competência, sendo aplicado, de forma subsidiária e tendo em vista o regime de mútua complementaridade entre as ações exercitáveis no âmbito da jurisdição coletiva, o art. 2º da Lei 7.347/1985, que dispõe que as ações civis públicas serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Essa regra prevista no art. 2º da Lei 7.347/1985, contudo, faz todo o sentido em ação civil pública, que trata de danos patrimoniais tangíveis que deixam vestígios, cuja prova terá que ser colhida no local da consumação — danos ambientais, ao consumidor, aos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, urbanísticos, à ordem econômica e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (Lei 7.347/1985 – art. 1º).

Por outro lado, na ação de improbidade, os danos são mais difusos e, em regra, decorrem da má aplicação de recursos do erário, repassados com frequência aos estados e municípios, de desvio de recursos públicos e mesmo em razão de ofensa aos princípios reitores da administração, fatos que não têm necessariamente base empírica que exijam a colheita de prova tangível no local do dano, menos ainda na hipótese dos autos onde proferida a decisão rescindenda, cuja imputação contra o demandado disse respeito à falta de prestação de contas do convênio que firmou com a União.

Diante disso, a 2ª Seção desta Corte, em conflito de competência, manifesta o entendimento de não ser necessário, em ações de improbidade administrativa, aplicar de modo irrestrito a regra prevista no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública, veja:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FORO COMPETENTE. INSTALAÇÃO DE NOVA VARA FEDERAL NO MUNICÍPIO ONDE OCORRIDO O FATO. REDISTRIBUIÇÃO. DESNECESSIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS. 1. Não se aplica à ação de improbidade administrativa a regra do art. 2º da Lei 7.347, de 24/07/1985 (“As ações previstas nesta lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.”), pois os danos que constituem objeto da ação de improbidade, decorrentes da má aplicação ou do desvio de recursos públicos, ou da ofensa aos princípios norteadores da administração, em regra não têm dimensão tangível que justifique relação direta com o local físico da sua ocorrência, na perspectiva da produção da prova. 2. Proposta a ação de improbidade na Capital, ou em subseção, não se justifica a remessa dos autos à Subseção onde teria ocorrido o fato, instalada posteriormente. A hipótese deve ser regida pelo art. 87 do Código de Processo Civil, segundo o qual “Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato e de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia”. Precedentes da 2ª Seção. 3. Conflito conhecido, para declarar competente o juízo da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Governador Valadares, suscitante.



(CC 0051373-85.2012.4.01.0000/MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO RIBEIRO, Rel. Acor. DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO HERCULANO DE MENEZES, SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF1 p.156 de 15/01/2013)

Na hipótese em comento, deve ser considerado ainda que a sentença exequenda foi antecedida de uma discussão travada em conflito de competência, no âmbito desta Corte, que fixou a competência da 2ª Vara Federal/PA (juízo sentenciante), que entendia ser a competência da Vara Federal de Paragominas, diante da sua instalação em 22/03/2012, sendo que contra essa decisão não se insurgiu o ora autor e então réu na ação de improbidade, se estabilizando, pela preclusão, a competência na 2ª Vara.

Nesse contexto tenho que os fundamentos da ação não vêm ornados de verossimilhança, de forma a autorizar a antecipação da tutela provisória de que trata o art. 969 do atual CPC, razão pela qual fica *indeferido o pedido liminar*.

Citem-se os réus para, querendo, oferecer resposta, no prazo de 30 (trinta) dias, na forma o art. 970 do mesmo *codex*. Intimem-se.

Brasília-DF, 30 de março de 2016.

Juiz Federal *Alexandre Buck Medrado Sampaio*, relator convocado.

## Recurso Especial no Agravo de Instrumento 0064774-25.2010.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro  
Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF  
Advogados: Dr. Ricardo Tavares Baraviera e outros  
Recorrido: Sindicato das Indústrias da Construção e do Mobiliário do Estado do Mato Grosso – Sinduscon – MT  
Advogados: Dr. Saladino Esgaib e outros  
Publicação: e-DJF1 de 07/04/2016, p. 4

### Decisão

Trata-se de recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal, com fundamento em permissivo constitucional, contra acórdão deste Tribunal que negou provimento ao agravo de instrumento de sua autoria, para manter a decisão proferida pelo MM. Juízo da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso que, nos autos do cumprimento de sentença promovida pelo Sindicato das Indústrias da Construção e do Mobiliário do Estado do Mato Grosso (Sinduscon/MT), determinou o cumprimento do julgado relativamente a três de suas filiadas — as quais pretendem o recebimento de créditos decorrentes da ineficácia da Circular 90/1994, editada pela CEF e que regulamentava a incidência da correção monetária nos contratos de empréstimo celebrados por empresas do ramo da construção civil, sob a égide do Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

O fundamento do acórdão foi que os pedidos formulados em nada se relacionam à reforma da decisão agravada, tratando-se de questões opostas em face da sentença já proferida, cuja análise por meio de agravo de instrumento é incabível. Não obstante, entendeu que a decisão agravada não possui caráter decisório, pois apenas intima a agravante para que se cumpra a sentença, arbitrando multa no caso de descumprimento, o que nada mais é que uma forma de garantir a eficácia do decidido.

O recorrente sustenta que o acórdão impugnado violou os arts. 131, 458, 535, I e II, do Código de Processo Civil, porque o acórdão desconsiderou e não sanou a questão apontada no recurso de embargos de declaração, ora rejeitado, especialmente no que diz respeito à ausência de pronunciamento sobre os substituídos não filiados à época da propositura da ação, o que seria o cerne da controvérsia apresentada no recurso de agravo, o que deverá ser sanado, em apreciação da coisa julgada e delimitação das partes, sob pena de ocasionar grave lesão à recorrente.

Aponta contrariedade aos arts. 264 e 286 do CPC e 6º da LINDB.

Quanto ao art. 6º da LINDB, alega que independentemente do entendimento quanto à amplitude da legitimidade do sindicato, há que ser apreciada a coisa julgada, à luz do art. 6º da LINDB, porque toda a controvérsia gira em torno dos substituídos não filiados à época da propositura da ação, e não sobre a ampla legitimidade dos

sindicatos para executar título judicial atuando como substituto processual de seus filiados. Não resta comprovado nos autos que os substituídos, ora representados pelo sindicato, eram filiados a época da propositura da ação. Defende que, de outro modo, gera-se insegurança jurídica, já que a execução torna-se não só imprevisível, como ampliável a qualquer tempo. Nesse cenário, não é possível ao executado nem sequer se preparar para a execução, fazer reservas e provisões.

Por sua vez, sobre os arts. 286 (*"O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico: I - nas ações universais, se não puder o autor individualizar na petição os bens demandados; II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito; III - quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu."*) e 264 (*"Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei."*), do Código de Processo Civil, entende que "na prática, há uma modificação no pedido, pois a cada momento pode aparecer um novo beneficiário. Isso por certo modifica as partes, mas mesmo que se considere que a parte é o sindicato sempre, o pedido permanece em aberto." Ademais, "no caso, o pedido deixa de ser certo e determinado, conforme acima já exposto. O CPC, cuja interpretação é também restritiva, taxativamente expõe três incisos com as únicas exceções possíveis, nenhuma delas encaixando-se no presente caso."

Em síntese, a recorrente busca, via do presente recurso, cassar a decisão que determina o cumprimento da sentença, por entender que não existe comprovação nos autos, conforme reiteradas decisões, de que as empresas relacionadas pelo sindicato eram, ao tempo da propositura da ação, suas filiadas.

Quanto aos arts. 131, 458, 535, I e II, do Código de Processo Civil, não se admite o recurso especial, se não apontada a omissão, obscuridade ou contradição no acórdão recorrido e/ou se o Tribunal decide fundamentadamente a questão. Não há que se confundir a decisão contrária ao interesse da parte com a falta de prestação jurisdicional (AgRg no AgRg no Ag 1.353.640/MG, Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe de 25/06/2012; AgRg no AREsp 467.094/RJ, Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 02/05/2014).

No caso, o colegiado decidiu a matéria, enfatizando que:

Entendo que a decisão ora impugnada se reveste da natureza de diligência de cumprimento da sentença proferida na origem (processo nº 2004.3600.007102-9), a qual inclusive se noticia já ter sido confirmada por este Tribunal.

Nas informações prestadas pelo juízo de base, inclusive, consta que, após diversas manifestações das partes e apreciação de documentos juntados, fora determinado que a sentença seria cumprida em relação àquelas três empresas.

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 2006.01.00.015254-5/MT, recurso incidental também interposto pela CEF – em razão de decisão análoga a que se agrava nestes autos, originada do mesmo processo de cumprimento de sentença – foi negado provimento à pretensão ali disposta. Tendo em vista a semelhança daquele caso com o que se analisa, inclusive no tocante aos pedidos que foram feitos, adoto como razões de decidir os fundamentos lançados no voto de relatoria do Juiz Federal Convocado Grigorio Carlos dos Santos, os quais reproduzo praticamente na íntegra:

[...]

No que se refere aos pedidos de declaração de ilegitimidade ativa do SINDUSCON/MT, entendo que a questão não merece análise, uma vez que estão ausentes nos autos deste agravo quaisquer cópias de petições do processo originário, onde a CEF requeresse ao juízo uma manifestação a respeito desse ponto.

Sendo assim, concluo que a decisão agravada não se manifesta, tampouco se omite, a respeito da legitimidade do referido sindicato. Isso porque o juiz monocrático sequer foi provocado a respeito da questão à data em que foi proferida a decisão.

Observe ainda que a decisão agravada assim dispõe:

7 - Intime-se a CEF para que cumpra a obrigação contida na sentença de fls. 110-118 e confirmada pelo eg. TRF/1ª R, no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)."(fl. 30)

Os pedidos do agravo, por sua vez, estão assim dispostos:

- 1) reconhecer a impossibilidade do cumprimento da sentença sem que antes sejam apresentadas provas robustas [...];
- 2) reconhecer que a sentença proferida nos autos da ação 95.00.00131-4 somente se revestirá de certeza com a prova cabal de que a empresa interessada era associada/filiada ao SINDUSCON/MT na época de seu ajuizamento;
- 3) reconhecer e declarar a ilegitimidade flagrante da CONSTRUTORA ARANTES FERREIRA LTDA e do SINDUSCON/MT [...];
- 4) reconhecer e declarar a ilegitimidade do SINDUSCON/MT [...];
- 5) reconhecer que o eventual direito de que possam gozar as associadas/filiadas somente poderá ser perseguido mediante manejo de ação individualizada ou mediante outorga expressa de representação para o SINDUSCON/MT;

6) reconhecer e declarar que tendo em vista as contradições havidas nas duas relações de associados/filiados pelo SINDUSCON/MT, nenhuma delas é merecedora de crédito;

7) reconhecer e declarar a incompetência do juízo recorrido para processar ações em que sejam parte ou onde se discuta eventuais direitos de empresas falidas, "(fls. 24-25)

Percebe-se que os pedidos formulados em nada se relacionam à reforma da decisão agravada, tratando-se de questões opostas em face da sentença já proferida, cuja análise por meio do presente agravo é incabível.

Não obstante, o fato é que a decisão agravada não possui caráter decisório, pois apenas intima a agravante para que se cumpra a sentença, arbitrando multa no caso de descumprimento, o que nada mais é que uma forma de garantir a eficácia do decidido.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRABALHADOR (A) RURAL DESPACHO ORDINATÓRIO. MERO EXPEDIENTE. AUSÊNCIA DE CARÁTER DECISÓRIO. RECURSO. INCABÍVEL 1. Na hipótese dos autos, não houve ainda, por parte do magistrado que preside o feito, decisão que viesse a deferir ou não, ou ainda, condicionar qualquer pedido judicial da parte autora, evidenciando a natureza do ato judicial ora guerreado, ou seja, de ser apenas um ato judicial meramente ordinatório, sem nenhum conteúdo decisório e sem resultar em prejuízo algum para parte. Contra despachos de mero expediente, que visam apenas impulsionar o andamento do processo não cabe recurso, consoante o disposto no art. 504 do Código de Processo Civil. 2. "Na ausência de qualquer deliberação, incabível sua impugnação por meio de agravo de instrumento, sob pena de transferir para esta Corte discussão originária sobre questão a propósito da qual não nada se deliberou no Juízo monocrático" (AGA 2003.01.00.031621-7/MG, Rei. Des. Fed. Carlos Moreira Alves, 2ª Turma, DJ 11/3/2004, p.40). Sobrevindo, se fosse o caso, o decreto de extinção, ou ao menos seu expresso indicativo, é que estaria consubstanciado o interesse recursal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. Mantida a decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento. (AGA 200901000580870, DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO DE ASSIS BETTI. TRF1 - SEGUNDA TURMA. e-DJF1 DATA:03/02/2011 PAGINA:118.)

Ora, proferida a sentença ou acórdão, cabe ao juiz de 1º grau proceder à execução ou liquidação, conforme os arts. 475-A e 475-1 do CPC, não podendo o magistrado rediscutir questões já decididas.

Ocorre que o provimento dos pedidos do presente agravo incorreria em verdadeira reforma integral das decisões terminativas do feito originário. Isso porque, se declarada a ilegitimidade dos integrantes do pólo ativo, bem como a incompetência do juízo, o que ocorreria, de fato, seria uma verdadeira reforma e frustração das decisões terminativas, o que é incabível mediante o recurso de agravo de instrumento.

No caso em voga, portanto, entendo que a decisão agravada nada mais fez que impulsionar os devidos procedimentos e cursos do processo, tendo como base as decisões terminativas do feito, não cabendo a reanálise dos termos da sentença ou mesmo, neste caso, a frustração de seus efeitos por meio de Agravo de Instrumento, sob o risco de se ferir o art. 473 do CPC.

Nego seguimento ao agravo pelas razões acima expostas.

É o voto.'

Sobre a hipótese vertente, ainda, apenas em acréscimo aos fundamentos dispostos, no que se refere à legitimidade do sindicato em executar título judicial, atuando como substituto processual de seus filiados, insta reconhecer que a jurisprudência, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tem reconhecido que a legitimidade do sindicato é ampla e que abrange não apenas a fase de conhecimento, mas, também, a de cumprimento do julgado. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO RETIDO. PREJUDICIAIS E PRELIMINARES REJEITADAS. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE TÉCNICO-ADMINISTRATIVA - GDATA. LEI 10.404/02, ART. 5º, ISONOMIA. CF/88, ARTS. 5º, CAPUT, E 40, § 8º. APOSENTADOS E PENSIONISTAS. CÁLCULO: SÚMULA VINCULANTE 20 DO STF. LIMITAÇÃO TEMPORAL. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA (8).

1. "A limitação de litigantes prevista no art. 46, parágrafo único, do CPC restringe-se ao caso de litisconsórcio facultativo, não podendo ser aplicada quando a ação é proposta por associação de classe na defesa dos interesses dos seus associados" (STJ, REsp 552907/DF).

2. O sindicato possui ampla legitimidade ativa ad causam para atuar como substituto processual da categoria na defesa de interesses dos filiados, independentemente de autorização expressa de seus filiados ou relação nominal dos substituídos, seja em ação ordinária, seja em ação mandamental coletiva.

[...]

12. Agravo retido não provido. Apelação da parte autora provida. Apelação da União e remessa oficial parcialmente providas.

(AC 0014095-72.2007.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ÂNGELA CATÃO, PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 p.262 de 04/02/2015)

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça e esta Corte de Justiça Regional firmaram entendimento no sentido de que o sindicato ou associação regularmente constituídos e em normal funcionamento têm legitimidade para postular em juízo em nome da categoria, na qualidade de substituto processual, independentemente de autorização expressa ou relação nominal dos substituídos, bastando a existência de cláusula específica no respectivo estatuto, como ocorre nestes autos. Veja-se, a título exemplificativo, o seguinte aresto, in verbis:

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO - BANCO DE BRASÍLIA S/A - EXCLUSÃO DA LIDE - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL - ART. 5º, LXX, "A" E "B" DA CF/88 - DESNECESSIDADE DE JUNTADA DA RELAÇÃO DOS FILIADOS E ENDEREÇOS.

1 - A jurisprudência do c. STJ e desta e. Corte firmou-se no sentido de que o sindicato/associação regularmente constituídos e em normal funcionamento têm legitimidade para postular em juízo em nome da categoria, na qualidade de substituto processual, independentemente de autorização expressa ou relação nominal dos substituídos, bastando a existência de cláusula específica no respectivo estatuto. Vejam-se, a título exemplificativo, os seguintes julgados: STJ - MS 7.414/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2003, DJ 09/06/2003 p. 168; STJ - MS 7.319/DF, Rel. Ministro VICENTE LEAL, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2001, DJ 18/03/2002 p. 168; TRF/1ª Região - MS 2000.01.00.035903-7/PI, Rel. Juíza Assusete Magalhães, Primeira Seção, DJ p.04 de 23/04/2001; TRF/1ª Região - AC 2000.01.00.065182-8/MG, Rel. Juiz Luciano Tolentino Amaral, Primeira Turma, DJ p.62 de 30/10/2000; TRF/1ª Região - AMS 2003.36.00.008103-0/MT, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, DJ p.139 de 02/06/2006.

2 - "O sindicato ou associação, como substitutos processuais, têm legitimidade para defender judicialmente interesses coletivos de toda a categoria, e não apenas de seus filiados, sendo dispensável a juntada da relação nominal dos filiados e de autorização expressa [...]." (STJ, AGA 1153516, MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJE DATA:26/04/2010).

3 - Em se tratando de demandas coletivas ajuizadas pelos Sindicatos, na condição de substitutos processuais, não há que se falar em uma suposta violação à norma constitucional do art. 5º, LV nem mesmo de uma possível flexibilização do devido processo legal de modo a se obter ganho em termos de efetividade coletivo-processual.

4 - À luz do art. 5º, LXX, alíneas "a" e "b" da CF/88 - nos mandados de segurança coletivos - não há que se falar em representação, mas sim em substituição processual, independentemente de ter sido impetrado por associação, entidade de classe ou sindicato.

5 - A consequência de se reconhecer tratar-se de substituição processual é a desnecessidade de prévia autorização dos membros ou filiados das entidades legitimadas à impetração do mandado de segurança coletivo, nem tampouco de apresentarem relação nominativa nos autos e/ou os respectivos endereços (cf. ampla jurisprudência citada acima).

6 - [...]

7 - Agravo Regimental não provido. Decisão mantida.

(AGA 0019035-24.2013.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 p.1377 de 28/11/2014)

Assim sendo, não procedem as alegações lançadas neste recurso, uma vez que, ao fim que realmente se intenta a Agravante, desafia-se meio judicial próprio, diverso deste; e ainda que assim não fosse, os entendimentos firmados na jurisprudência, como visto, sinalizam seu afastamento.

#### E, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração:

Como cediço, o julgador não está obrigado a enfrentar um a um os questionamentos postos como razão de pedir, resta evidente o que pretende o embargante limita-se à rediscussão da matéria, o que deve ser objeto de recurso próprio, razão pela qual os presentes embargos devem ser rejeitados.

Por outro lado, adentrando minimamente nos fundamentos apresentados pela embargante, notadamente na parte em que espera haver pronunciamento judicial deste órgão sobre a situação das entidades substituídas pelo SINDCON/MT não filiadas no ato da propositura da ação de origem, trata-se, em verdade, de uma insatisfação apresentada pela recorrente em rever o que já foi objeto de julgamento, ao que torna manifestante imprópria a utilização desta via.

Evidenciada pelas alegações do embargado no uso do contraditório neste recurso, vejo que a sentença, na ação declaratória de ineficácia de ato administrativo, proferida pelo juízo de base, cópia nos autos, ajuizada pelo próprio ente sindical, foi expressa em julgar o mérito da demanda com a determinação de suspensão da aplicação da Circular nº 90/94 da CEF nos contratos celebrados com as empresas filiadas ao Sindicato ora requerente em data anterior a de sua entrada em vigor, o que torna suficiente resolvida - e desnecessária de maior apreciação - a inconformidade suscitada pela embargante.

Os limites daquele julgado e a delimitação das partes a se sujeitarem a seus efeitos já foram devidamente definidos pelo próprio juízo de primeira instância, razão pela qual é de todo improcedente o que aqui a recorrente espera alcançar, de modo que inexistem omissões a serem sanadas no aresto vergastado.

Ressalte-se que, não se prestam os embargos para submeter o julgador ao exame da matéria exatamente nos termos em que a parte gostaria de vê-la analisada - neste sentido, entre outros, o AGREsp-218.165/SP, Ministro Castro Filho, DJ de 1.7.2002.

Observe-se, ainda, que, mesmo nas hipóteses de prequestionamento, os embargos devem obedecer aos ditames do art. 535 do CPC. Sem obscuridade, omissão ou contradição, os embargos de declaração são via imprópria para o rejuízo da causa.

Assim sendo, não merece trânsito o recurso, posto que não demonstrada qualquer omissão, obscuridade ou contradição do julgado na apreciação da causa.

Por outro lado, não se admite o recurso especial se a parte apresenta razões recursais dissociadas do julgado recorrido, sendo aplicável, por analogia, o óbice previsto no enunciado da Súmula 284/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia” (AgRg no REsp 1279021/BA, rel. Ministro *Benedito Gonçalves, Primeira Turma*, julgado em 05/11/2013, *DJe* 11/11/2013).

De fato, as razões apresentadas se encontram dissociadas do fundamento utilizado pelo acórdão para decidir o feito, uma vez que a parte insiste, em suas razões de recurso especial, na tese pela qual não existe comprovação nos autos de que as empresas relacionadas pelo sindicato eram, ao tempo da propositura da ação, suas filiadas, mesmo depois de o acórdão ter decidido que as razões da recorrente em nada se relacionam à reforma da decisão outrora agravada, tratando-se de questões opostas em face da sentença já proferida, cuja análise por meio de agravo de instrumento é incabível, além de reforçar que a decisão agravada não possui caráter decisório, pois apenas intima a agravante para que se cumpra a sentença, arbitrando multa no caso de descumprimento, o que nada mais é que uma forma de garantir a eficácia do decidido.

Ante o exposto, *não admito* o recurso especial.

Intimem-se.

Brasília, 14 de março de 2016.

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*, Presidente.

### Medida Cautelar Inominada 0063509-12.2015.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Presidente  
Requerente: Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S/A  
Advogados: Dr. Gilson Jader Gonçalves Vieira Filho e outros  
Requeridos: Paulo Afonso Borges Piretti e cônjuge  
Publicação: e-DJF1 de 07/04/2016, p. 10

## Decisão

Cuida-se de medida cautelar requerida pela Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S/A, objetivando a concessão de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário interpostos contra acórdão da 3ª Turma deste Tribunal, nos autos da Apelação 0047117-12.2011.4.01.3500/GO, ementado nos seguintes termos:

DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. VALEC. FERROVIA NORTE-SUL. JUSTA INDENIZAÇÃO. PERÍCIA OFICIAL. DATA DA PERÍCIA. ART. 12, § 2º, LEI COMPLEMENTAR N. 76/1997. ÁREA REMANESCENTE. DEPRECIAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. A Lei Complementar 76/1993, art. 12, § 2º, admite que o valor de mercado seja alternativamente considerado na data da perícia ou como consignado pelo Juiz. No caso presente, o que melhor representa o valor de mercado é a importância encontrada na data da perícia.

2. A perícia judicial traduziu o preço justo da indenização devida. Os critérios adotados no laudo pericial para a avaliação do imóvel estão em consonância com as normas de regência, em especial a NBR 147.653-3 – 2004, da ABNT. A metodologia adotada para obtenção da justa indenização consistiu no método comparativo, com o levantamento de dados de imóveis paradigmas e opinião de mercado. Foram considerados fatores como localização do imóvel e vias de acesso, a distância de centros urbanos, clima, solo, relevo, vegetação, recursos hídricos, bem como a capacidade de uso das terras, fazendo a devida homogeneização dos elementos pesquisados para se chegar ao valor do hectare.

3. Os juros compensatórios destinam-se a remunerar o proprietário do imóvel pela perda de sua posse, ainda que inexistir produtividade. O percentual deve ser 12% (doze por cento) ao ano, devendo a respectiva incidência ocorrer desde a imissão na posse até o dia do efetivo pagamento da indenização, considerando a diferença apurada entre 80% (oitenta por cento) do valor ofertado em juízo e o valor fixado para a indenização (cf. Súmulas 618 do Supremo Tribunal Federal e 113 do Superior Tribunal de Justiça e a atual redação do artigo 15-A do DL 3.365/41, consoante interpretação dada pelo STF no julgamento da ADIN 2.332-2).

4. A ação foi proposta em 01/09/2014 (sic). Não se aplica, no caso em exame, a Súmula n. 408, do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória n.



1.577, de 11/06/1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001 e, a partir de então, em 12% ao, na forma da Súmula n. 618 do Supremo Tribunal Federal”.

5. Os juros de mora são devidos no percentual de 6% ao ano, devendo incidir a partir do trânsito em julgado da decisão (Súmula 70 do STJ). Inaplicável as disposições do art. 100 da Constituição Federal c/c o art. 15-B do Decreto-Lei n. 3.365/41, com a redação dada pela MP n. 2.183-56/2001, que estabelece o termo a quo dos juros de mora como sendo a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito. A expropriante, pessoa jurídica de direito privado, concessionário de serviço público, não está sujeita ao regime de precatório para pagamento de seus débitos judiciais.

6. Honorários advocatícios adequadamente arbitrados na sentença.

7. Apelação da expropriante a que se nega provimento. Remessa oficial a que se dá parcial provimento para determinar que os juros moratórios e compensatórios sejam aplicados de acordo com a fundamentação supra.

Esclarece a requerente que interpôs Ação de Desapropriação por Utilidade Pública, ofertando e promovendo o depósito de R\$ 116.095,57 (cento e dezesseis mil, noventa e cinco reais e cinquenta e sete centavos), como indenização da terra nua e benfeitorias de uma área de 9,1143 ha.

Por sentença, foi acolhido na íntegra o laudo do perito judicial, julgando procedente o pedido expropriatório, fixando indenização no valor de R\$ 366.507,33 (trezentos e sessenta e seis mil, quinhentos e sete reais e trinta e três centavos).

Na primeira instância — prossegue — a Valec foi equiparada à Fazenda Pública, aplicando a ela o regime de precatórios e o reexame necessário. No entanto, neste Tribunal, a 3ª Turma deu provimento parcial à remessa oficial e negou provimento à apelação da expropriante.

Os embargos de declaração opostos pela ora requerente, alegando vícios de contradição e omissão, *reformatio in pejus*, utilização híbrida/contraditória do conceito de Fazenda Pública e falha na fundamentação, foram rejeitados. Contra essa decisão foram interpostos recursos extraordinário e especial, em que se requer o reconhecimento da Valec como integrante das entidades que compõem o regime de Fazenda Pública e o direito/dever de pagar a diferença da condenação por meio de precatórios.

Alega que o acórdão viola o disposto no art. 100 da Constituição Federal e no art. 15-B do Decreto-Lei 3.365/1941, uma vez que afastou a aplicação do regime de precatório para o pagamento da diferença indenizatória encontrada, mesmo a requerente sendo Fazenda Pública em sua dimensão material.

Afirma que está presente o *fumus boni iuris*, visto que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça entendem “que não importa a forma jurídica eleita, mas sim as atividades materialmente exercidas” (fl. 12), sendo que a Valec, embora constituída como empresa pública, exerce atividades típicas da Administração, voltada à construção e exploração de infraestrutura ferroviária, dependente de repasses do orçamento para a sua manutenção e existência, já que não possui autossuficiência econômica.

O *periculum in mora*, segundo a requerente, decorre do fato de que, uma vez executado o acórdão, não há como requerer a devolução do pagamento efetuado, acarretando prejuízos irreparáveis para as contas públicas, com desequilíbrio orçamentário, haja vista a ausência de programação de receita para efetuar o pagamento.

Decido.

A regra inserta no § 2º do art. 542 do CPC prevê que os apelos extremos serão recebidos apenas no efeito devolutivo. No entanto, para afastar perecimento de direito ou ameaça de lesão grave de difícil reparação, o STF e o STJ assentaram o entendimento de que é possível conceder medida cautelar para emprestar efeito suspensivo a recurso especial e/ou extraordinário, nos termos das Súmulas 634<sup>1</sup> e 635<sup>2</sup>.

E mais, *a fim de se evitar a vacatio iurisdictionis* — em que pode ocorrer situação que mereça provimento jurisdicional a fim de que o direito não pereça ou, ainda, que da demora no seu julgamento advenha lesão grave ou de difícil reparação —, *admite-se, por delegação das cortes superiores* que o presidente do Tribunal (ou vice-

<sup>1</sup> Súmula 634 – Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeitos suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.

<sup>2</sup> Súmula 635 – Cabe ao presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

presidente) conceda *efeito suspensivo a recurso especial e extraordinário, enquanto pendente o juízo de admissibilidade*, de que trata o § 1º do art. 542.

Em tais situações, no entanto, *a atribuição de efeito suspensivo aos apelos extremos* não possui natureza jurídica de ação cautelar autônoma, *exaurindo-se com a prolação da decisão*, porquanto a medida *não se enquadra na previsão legal contida no Código de Processo Civil* (art. 796 e seguintes). Precedentes: AC-QO 83, relator: Min. Celso de Mello, julgado em 14/10/2003, publicado em 21/11/2003, Segunda Turma; AC 1974, relator: Min. Cármen Lúcia, publicado em DJe-093, divulg. 16/05/2013, public. 17/05/2013.

Para a concessão da medida cautelar, preenchidos os requisitos extrínsecos, faz-se necessário, ainda, a presença simultânea de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Na hipótese, não obstante os argumentos, a meu ver, não está evidenciada a plausibilidade jurídica da tese recursal defendida pela requerente.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 599628/, em sede de repercussão geral, entendeu que *“Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas”* (Min. Ayres Britto, relator p/ acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2011, Repercussão Geral - Mérito DJe-199, divulg. 14/10/2011, public. 17/10/2011, ement. vol-02608-01, pp-00156 RTJ vol-00223-01. pp-00602 – grifos nossos).

Nesse sentido, ainda, recentíssima decisão emanada daquela Corte Suprema:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO ANTERIOR. ADMINISTRATIVO. COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO – CONAB. ARTIGO 730 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REGIME DE PRECATÓRIOS. INAPLICABILIDADE. EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE ESPECÍFICO. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS DESPROVIDOS.

Decisão: Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão que proferi em 28/8/2015, assim ementada, verbis:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO MONITÓRIA. COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO – CONAB. DECRETO Nº 4.514/2002. EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. ARTIGO 730 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REGIME DE PRECATÓRIOS. APLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO.”

Inconformada com a decisão supra, Renascença Armazéns Gerais Ltda. interpõe o presente recurso, alegando, em síntese:

“A r. decisão agravada para dar provimento aos recursos extraordinários das agravadas cita precedentes deste Excelso STF, em que foram estendidos a CASAL – Companhia de Saneamento de Alagoas, Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina – APPA, Hospital Nossa Senhora da Conceição, os privilégios inerentes à Fazenda Pública, por se tratarem de empresas públicas prestadoras de serviços públicos primários e essenciais de prestação obrigatória do Estado.

Contudo, os precedentes colacionados não se aplicam à empresa Agravada CONAB, uma vez que os mesmos são claros e inclusive suportam a tese da ora Agravante, pois afirmam que as empresas que exploram a atividade econômica – ainda que se submetam aos princípios da administração pública e recebam a incidência de algumas normas de direito público, como a obrigatoriedade de realizar concurso público ou se submeter a sua atividade-meio ao procedimento licitatório – não podem ser agraciadas com nenhum beneplácito que não seja, igualmente, estendido, às demais empresas privadas, nos termos do art. 173, § 2º da CF, sob pena de inviabilizar a livre concorrência.”

Inicialmente, reconsidero a decisão agravada e passo a nova análise dos recursos extraordinários interpostos pela Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB e pela União contra acórdão que possui a seguinte ementa:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO – CONAB. EXECUÇÃO. EQUIPARAÇÃO À FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INAPLICABILIDADE DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 730 DO CPC.

I – Em se tratando de execução contra empresa pública, como no caso, não se aplicam, em princípio, as disposições do art. 730 do CPC, por não se enquadrar no conceito de Fazenda Pública.

II – A concessão dos privilégios de ordem processual, de que goza a Fazenda Pública, depende de expressa previsão legal, não se podendo admitir a sua extensão às empresas públicas, por mera construção doutrinária ou jurisprudencial, como na hipótese em comento, em que figura como executada a Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB.

III – A pendência de pronunciamento judicial acerca de todas as questões ventiladas em sede de impugnação à execução do julgado, na hipótese dos autos, inviabiliza o levantamento dos valores depositados em juízo, para fins de garantia do débito exequendo.

IV – Agravo de instrumento provido, em parte, a fim de que a execução instaurada nos autos de origem, tenha curso regular, nos termos do art. 475-J do CPC.”

Nas razões de seus apelos extremos, a CONAB e a União sustentam preliminar de repercussão geral e, no mérito, apontam violação aos artigos 100 e 173, § 2º, da Constituição Federal.

Os recursos extraordinários foram admitidos pelo Tribunal de origem.

É o relatório. DECIDO.

Ab initio, verifico que há precedente específico em relação à Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB.

A Primeira Turma desta Suprema Corte, ao julgar o agravo regimental interposto pela CONAB nos autos do RE 713.731-AgR, ratificou a decisão proferida pelo Ministro Roberto Barroso contrária às teses ora defendidas pelas recorrentes. Eis o teor da ementa do acórdão proferido nesse julgamento:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. BLOQUEIO DE VALORES. ALEGADA VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. PRETENSÃO DE USUFRUIR DO TRATAMENTO PROCESSUAL DISPENSADO AOS ENTES INTEGRANTES DA FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE.

Empresas públicas que exploram atividade econômica e atuam em regime de concorrência com o particular não podem gozar de benefícios não extensíveis ao setor privado, conforme já assentou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Agravo regimental a que se nega provimento.” (DJe de 13/2/2014).

Naquele ocasião, asseverou o relator, Ministro Roberto Barroso:

“[...] 3. Logo de início, destaco que a Lei de criação da CONAB, empresa pública federal, sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, não conferiu à referida entidade os benefícios previstos para a Fazenda Pública, tal como havia sido conferido antes pela Lei nº 7.032/82, que em seu art. 7º instituiu tal privilégio em favor da Companhia de Financiamento da Produção – CFP.

4. A criação da CONAB operou-se por meio de lei e resultou da fusão entre a Companhia de Financiamento da Produção, a Companhia Brasileira de Alimentos e a Companhia Brasileira de Armazenamento. Não há qualquer disposição normativa que sugira a extensão imediata dos benefícios ou vantagens próprias das empresas fundidas com relação à empresa criada. Pelo contrário. Entendo que deve ser sobrelevado o fato de que a empresa que se originou da fusão possui estatuto próprio, que por sua vez não contemplou a entidade com o tratamento processual conferido à Fazenda Pública.

5. Ademais, segundo as balizas do acórdão recorrido ‘a CONAB é uma empresa pública com personalidade jurídica de direito privado, na medida em que exerce atividade econômica pela qual auferir lucro, o qual se encontra investido no mercado financeiro em fundo de investimento, possuindo, inclusive, patrimônio constituído por bens e direitos de sua propriedade, conforme se infere inequivocamente do seu Estatuto Social, notadamente da leitura dos artigos 7º, 9º, 10º e 11º do referido Estatuto, o qual foi aprovado pelo Decreto nº 4514, de 13 de dezembro de 2002. (fls. 2841/2850 dos autos principais)’. A rigor, se a empresa pública atua em regime de concorrência com o particular, certo é que não poderá usufruir de benefícios não extensíveis ao setor privado, conforme já assentou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. [...]” (DJe de 13/2/2014).

Ex positis, RECONSIDERO a decisão agravada e DESPROVEJO os recursos extraordinários interpostos pela CONAB e pela União, com fundamento no artigo 21, § 1º, do RISTF. Publique-se.

Brasília, 11 de setembro de 2015. (RE 873319 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 11/09/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-186 DIVULG 17/09/2015 PUBLIC 18/09/2015.)

Ante o exposto, *indefiro* a medida cautelar ora pleiteada.

Intimem-se. Ultrapassados os trâmites legais, arquivem-se os autos.

Junte-se cópia desta decisão aos autos principais.

Brasília, 2 de dezembro de 2015.

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*, Presidente.

## Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0013068-90.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Presidente  
 Requerente: Fazenda Nacional  
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler  
 Requerido: Juízo Federal da 4ª Vara – DF  
 Autor: Município de Cariré – CE  
 Procuradores: Dr. Bruno Romero Pedrosa Monteiro e outros  
 Publicação: e-DJF1 de 07/04/2016, p. 17

## Decisão

A União (Fazenda Nacional) requer, com fundamento no art. 4º da Lei 8.437/1992, a suspensão da execução da antecipação de tutela concedida pelo Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da Ação Ordinária 60000-58-2015.4.01.3400, para determinar “*que a União utilize como cálculo da cota parte do Fundeb os 20% sobre o repasse ao FPE, FPM e IPI-Exportação de maneira integral sem dedução de benefícios, incentivos e isenções concedidos pela União*” (fl. 74).

A requerente alega que a decisão, “*além de provocar um concreto e perigoso potencial multiplicador [...], possibilitou reais e graves prejuízos à ordem e à economia públicas*” (fl. 4), pois interferem em todo o sistema de repartição de receitas dos municípios do País.

Assevera que a decisão é também *extra petita*, porquanto, não obstante o pedido inicial tenha sido no sentido de que o montante do Fundeb, oriundo de 20% dos valores de FPM, FPE e IPI-Exportação, seja constituído pela integralidade dos valores sem a dedução de quaisquer incentivos fiscais, o juízo determinou que os repasses do Fundo de Participação do Município sejam realizados sem o desconto na base de cálculo dos benefícios, incentivos e isenções concedidos pela União no cálculo do IPI, aduzindo que, ainda que a decisão tivesse deferido pedido exatamente da forma em que foi pedido pelo autor, não mudaria a necessidade de suspensão da decisão, já que o ponto fulcral de demandas que vem sendo ajuizadas diz respeito à definição da cota parte do FPM, provocando um grave efeito multiplicador.

Sustenta que é inviável a execução da decisão, pois não existem mecanismos capazes de individualizar os valores das isenções e benefícios fiscais na base de cálculo do FPM e que a concessão de benefícios, incentivos e isenções fiscais não necessariamente ocasiona perda real de arrecadação tributária, já que não está envolvido apenas efeito aritmético, mas também efeito econômico, sendo que, com a desoneração, “*outros fundamentos econômicos diretamente envolvidos na tributação de renda e dos produtos industrializados podem restar alterados, favorecendo inclusive o incremento de arrecadação*” e que a execução de decisões judiciais semelhantes acabaria por inutilizar os mecanismos regulatórios previstos constitucionalmente em relação ao IR e ao IPI, “*já que a identificação dos valores das benesses fiscais que hipoteticamente seriam destinadas aos municípios por meio de FPM é dificultada justamente pelo efeito econômico decorrente da desoneração de certos setores da economia*” (fl. 13).

Assevera, ainda, que “*O texto constitucional expressamente reza que a União entregará a título de FPE e FPM os recursos oriundos do produto da ARRECADAÇÃO do IR e do IPI*”, sendo que “*arrecadação significa justamente os valores que ingressaram na Conta Única do Tesouro*”, assim valores que sequer “*entraram nos cofres, como aqueles oriundos de renúncia fiscal, evidentemente NÃO FORAM ARRECADADOS e, portanto, não podem fazer parte do montante a ser repassada a título de FPM*” (fl. 15).

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 de primeira instância, resulte grave lesão à ordem, à economia, à segurança e/ou à economia públicas. Admite-se, eventualmente, um mínimo de delibação da controvérsia subjacente ao processo principal para aferição da razoabilidade do deferimento ou do indeferimento do pedido.

Segundo consta dos autos, a ação ordinária foi ajuizada pelo requerido, a fim de que “*a União utilize como cálculo da cota parte do Fundeb os 20% sobre o repasse ao FPE, FPM e IPI-Exportação de maneira integral SEM a dedução dos incentivos fiscais*” (fl. 67).

A questão é semelhante à que foi levada à Presidência do Supremo Tribunal Federal na STA 350/AL, que assim decidiu:

DECISÃO: Trata-se de Suspensão de Tutela Antecipada ajuizada pela União contra decisão monocrática proferida nos autos do Agravo de Instrumento n.º 2009.05.00.050167-5, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Na origem, o Município de Satuba/AL ajuizou ação contra a União, postulando a regularização do repasse de 23,5% do produto da arrecadação do IR e do IPI ao Fundo de Participação dos Municípios sem a exclusão dos valores de benefícios, isenções e incentivos referentes a esses impostos (fls. 38-64 do Apenso).

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Alagoas por não haver urgência, tendo em vista que o Município “*vem convivendo com o suposto equívoco no cálculo de sua cota no FPM há, no mínimo, quatro anos*” (fls. 66-67 do Apenso).

Foi interposto agravo de instrumento perante o TRF da 5ª Região, e o relator deferiu o efeito suspensivo ativo “para determinar que a União não efetue descontos relativos a incentivos e deduções fiscais na cota de repasse do Fundo de Participação do Município autor [...] relativos a IRPF e IPI” (fls. 190-191 do Apenso).

Contra essa decisão a União ajuizou a presente suspensão de tutela antecipada, alegando que a execução da decisão impugnada acarreta grave lesão à ordem e à economia públicas, visto que implica o repasse de valores não arrecadados em razão de renúncia fiscal.

Decido.

A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão (Leis ns. 12.016/09, 8.437/92, 9.494/97 e art. 297 do RI-STF) permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância pelos tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional.

Assim, é a natureza constitucional da controvérsia que justifica a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o pedido de contracautela, conforme a pacificada jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl n.º 497-AgR/RS, rel. Carlos Velloso, Plenário, DJ 6.4.2001; SS n.º 2.187-AgR/SC, rel. Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS n.º 2.465/SC, rel. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004.

Nos autos de origem, discute-se a base de cálculo para fins de repasse, ao Fundo de Participação dos Municípios, do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados (art. 159, inciso I, alíneas “b” e “d”, da CF/88). Não há dúvida, portanto, de que a matéria reveste-se de índole constitucional.

Feitas essas considerações preliminares, passo à análise do pedido, o que faço apenas e tão somente com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de contracautela. Ressalte-se, não obstante, que, na análise do pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de deliberação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte (SS-AgR n.º 846, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.1996; SS-AgR n.º 1.272, Rel. Carlos Velloso, DJ 18.5.2001).

O art. 15 da Lei n.º 12.016/09 autoriza o deferimento do pedido de suspensão de segurança concedida nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Num juízo mínimo de deliberação da questão meritória debatida, verifico que a decisão impugnada deferiu pedido liminar em favor do Município de Satuba/AL, ao fundamento de estar em consonância com o entendimento proferido por este Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do RE n.º 572.762 (rel. Ricardo Lewandowski, DJ 5.9.2008):

[...]

Ressalto que o Plenário desta Corte, no julgamento do referido RE n.º 572.762, à unanimidade, entendeu que “o repasse da cota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual” [grifo nosso]. O Ministro Ricardo Lewandowski, ao relatar o caso, destacou que a condição estabelecida no Programa de Desenvolvimento da Empresa estadual controvertida era a postergação do recolhimento de ICMS, “cuja concessão leva ao adiamento do repasse, aos Municípios, da parcela deste imposto que lhes pertence”.

Assim, ficou esclarecido que a questão era específica, dado que “o tributo em tela já havia sido efetivamente arrecadado, sendo forçoso reconhecer que o Estado, ao reter a parcela pertencente aos Municípios, interferiu indevidamente no sistema constitucional de repartição de rendas”.

No presente pedido de suspensão, entretanto, discute-se questão distinta relacionada ao Imposto de Renda e ao Imposto sobre Produtos Industrializados e não se demonstra, de plano, a concessão de benefícios, de incentivos ou de deduções que impliquem arrecadação postergada de tributo. Assim, o entendimento firmado no RE n.º 572.762, em princípio, não coincide em termos fáticos e jurídicos com o presente caso.

Portanto, a determinação judicial liminar de desconsideração dos incentivos fiscais realizados pela União Federal para efeito de mensuração do produto de arrecadação do IR e do IPI causa grave lesão à ordem pública, na medida em que inibe a concessão de isenções fiscais pela União Federal e compromete a regular execução orçamentária e as metas fiscais estipuladas em lei.

Ademais, segundo os cálculos apresentados pela União:

[...]

O dano à economia pública é evidente. Isto porque, consoante informações obtidas no sítio eletrônico da Receita Federal do Brasil, os gastos tributários resultantes de benefícios fiscais no Imposto de Renda (Doc. 02) alcançam, apenas em previsão para o exercício financeiro de 2009, o astronômico montante de R\$ 36.171.416.019,00 (trinta e seis bilhões, cento e setenta e um milhões, quatrocentos e dezesseis mil e dezenove reais). No caso do IPI, o gasto com tais benefícios soma a quantia de R\$ 19.832.085.174 (dezenove bilhões, oitocentos e trinta e dois milhões, oitenta e cinco mil e cento e setenta e quatro reais).

Somando-se os valores das renúncias de IR e IPI, chegamos à cifra de R\$ 56.003.501.193,00 (cinquenta e seis bilhões, três milhões, quinhentos e um mil e cento e noventa e três reais) [...].

Levando em conta total de benefícios fiscais apontados, teríamos o incremento, só no ano de 2009, caso se multiplicassem decisões similares à ora atacada, de despesas orçamentárias no valor de R\$ 17.362.279.689,12 (dezesete bilhões, trezentos e sessenta e dois milhões, duzentos e setenta e nove mil, seiscentos e oitenta e nove reais e doze centavos), relativos ao imposto de renda a ser repassado nos termos do art. 159, I, da Constituição Federal (48%). Além disso, o IPI geraria



um gasto extra de repasse no valor de R\$ 1.983.208.517,40 (um bilhão, novecentos e oitenta e três milhões, duzentos e oito mil, quinhentos e dezessete reais e quarenta centavos), com base no art. 159, II, da Constituição Federal (10%).” (fls. 15-16)

Cabe frisar, ainda, que o repasse ao Município-autor tem sido feito da maneira questionada há, pelo menos, quatro anos, conforme consignado pelo Juízo Federal de 1ª instância (fls. 66-67 do Apenso).

Nesse sentido, vislumbro também grave lesão à economia pública, especialmente se considerada a probabilidade de concretização do denominado “efeito multiplicador” (SS n.º 1.836-AgR/RJ, rel. Carlos Velloso, Plenário, DJ 11.10.2001), em vista da possibilidade de aumento de medidas liminares em demandas que contenham idêntico objeto.

Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento n.º 2009.05.00.050167-5, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 5ª Região. (STA 350, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 28/10/2009, publicado em DJe-209 DIVULG 06/11/2009 PUBLIC 09/11/2009.

Registre-se, ademais, que o STF, ao examinar o RE 705.423-RG, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional discutida no feito principal. Confira-se:

Trata-se de processo no qual discute-se a utilização, no cálculo da cota do Fundo de Participação dos Municípios, do montante do produto da arrecadação do Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados sem a dedução dos incentivos fiscais concedidos pelo Governo Federal.

O Ministro Joaquim Barbosa, relator originário do feito, deu provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Município de Cacimbinhas para consignar que não se pode admitir a concessão unilateral de benefícios fiscais pelo ente responsável pelos repasses tributários.

Em agravo regimental, a União pugna pela modificação da decisão, sob o fundamento de que a repartição de receitas tributárias somente pode abranger valores efetivamente arrecadados, motivo pelo qual não englobaria isenções e benefícios previamente concedidos.

De início, reconsidero a decisão de fls. 423/424.

O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, ao examinar o RE 705.423-RG, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional ora discutida.

Confira-se a ementa do julgado:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS. IR E IPI. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. ART. 159, I, b e d, DA CF. CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS BENEFÍCIOS, INCENTIVOS E ISENÇÕES FISCAIS CONCEDIDOS PELA UNIÃO. REPERCUSSÃO ECONÔMICA, JURÍDICA E POLÍTICA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

“Na oportunidade, assentou o Ministro Relator que:

“A questão constitucional versada neste recurso consiste em definir, sob o prisma constitucional, até que ponto a concessão de benefícios e incentivos fiscais relativos ao Imposto de Renda e ao Imposto Sobre Produtos Industrializados pode impactar nos valores transferidos aos Municípios a título de participação na arrecadação daqueles tributos.”

Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que sejam observadas as disposições do art. 543-B do Código de Processo Civil.

Publique-se. (RE 703352 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 15/05/2014, publicado em DJe-098 DIVULG 22/05/2014 PUBLIC 23/05/2014.)

Feitas essas considerações, a meu ver, a execução da decisão, neste momento, tem o condão de acarretar grave lesão à economia pública, principalmente pelo efeito multiplicador de demandas idênticas. A propósito confira-se o que diz a Nota Técnica 7/2015/COFINS/SUPOF/STN/MF-DF (fl.34):

[...]

38. Vale destacar, ainda, que o cumprimento de decisão judicial nos termos pleiteados pelas municipalidades, acerca do assunto, implicaria sérios riscos à economia e à ordem pública, tendo em vista que seus efeitos não alcançariam somente o município autor, mas a totalidade dos entes federados. Há que se considerar que teria de ser estendida aos demais entes federados com relação aos benefícios fiscais concedidos nos tributos de suas de suas competências, com efeito multiplicador e o surgimento de novas ações judiciais causando danos irreparáveis às contas da União.

39. A título de ilustração, segundo dados constantes dos relatórios de renúncia fiscal disponíveis no endereço

[HTTP://www.receita.fazenda.gov.br/Arrecadação/RenunciaFiscal/default.htm](http://www.receita.fazenda.gov.br/Arrecadação/RenunciaFiscal/default.htm), que acompanharam os projetos de Lei Orçamentária Anual, referentes aos exercícios de 2011 a 2015, os gastos tributários projetados alcançam a cifra de R\$ 964 bilhões, sendo R\$ 351 bilhões referentes a IR e R\$ 121 bilhões a IPI. Ressalte-se que se trata de todos os incentivos e benefícios fiscais concedidos, não apenas os destinados aos fundos citados na ação judicial em tela. Apenas para comparação, o fluxo acumulado dessas desonerações, R\$ 964 bilhões, representa cerca de 33% do orçamento fiscal e de seguridade da União para 2015.

[...]

Ante o exposto, *defiro* o pedido de suspensão.

Intimem-se.

Comunique-se, com urgência, ao juízo requerido, encaminhando-se-lhe cópia desta decisão.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Brasília, 30 de março de 2016.

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*, Presidente.

## RCL 0000035-33.2016.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Rodrigo Rigamonte Fonseca (convocado)  
 Reclamante: EEL Infraestrutura Ltda.  
 Advogada: Dra. Vera Carla Nelson Cruz Silveira  
 Reclamada: Fazenda Nacional  
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler  
 Publicação: e-DJF1 de 08/04/2016, p. 425

### Decisão

Trata-se de reclamação, com requerimento de efeito suspensivo ativo, formulado por EEL Infraestruturas Ltda., contra a União (Fazenda Nacional), com base no disposto no art. 989, II, do NCPC, em razão de suposto desrespeito da tutela de urgência deferida pela vice-presidente desta Corte Regional, em regime de plantão, nos autos da medida cautelar 0000021-49.2016.4.01.0000, determinando “[...] *seja expedida a Certidão Positiva com Efeito de Negativa em favor da Requerente, SE não estiver respondendo por outros créditos tributários que não os abrangidos pelo mandado de segurança originário e, ainda assim, com limitação de sua utilização, para fins da contratação oriunda do RDC Eletrônico SEP/PR 01/2015*” (fls. 550-551).

A reclamante aduz que (a) se sagrou vencedora da licitação referida, da qual participou por força de tutela de urgência deferida por esta Corte Regional (Agravo de Instrumento 0052198-24.2015.4.01.0000/DF – Processo originário 0053228-79.2015.4.01.3400, fls. 61-66); (b) ao buscar a certidão de regularidade fiscal, indispensável à assinatura do contrato, foi surpreendida com a transferência do crédito tributário em nome da empresa “Enterpa Engenharia Ltda.”, tendo requerido a compensação administrativa para extinção daquilo que já havia sido inscrito em Dívida Ativa da União, e a revisão do que não havia sido inscrito (fls. 68-88), além de impetrar mandado de segurança com o objetivo de suspender a exigibilidade da compensação e atribuir efeito suspensivo à revisão (autos 1002006-21.2016.4.01.3400, fls. 90-112); (c) com o indeferimento da inicial do mandado de segurança, interpôs recurso de apelação (fls. 124-134) e a ajuizou referida medida cautelar em que foi deferida a tutela de urgência (autos 0000021-49.2016.4.01.0000, fls. 550-551); (d) a Procuradoria da Fazenda Nacional, instada a cumprir a tutela de urgência, assim não agiu, ao argumento da existência de dívida previdenciária em nome da empresa “Enterpa Engenharia Ltda.”, que, contudo, não foi a ela (reclamante) transferida, ou seja, sem instauração do procedimento de transmissão de responsabilidade; e (e) vem sofrendo graves consequências por não poder comprovar sua regularidade fiscal junto ao contratante, inclusive por já ter escoado o prazo para tanto, podendo ser excluída do certame e penalizada com sanção de impedimento de licitar e contratar com a Administração pelo prazo de cinco anos.

É, em síntese, o relatório. *Decido*.

Com o NCPC, Lei 13.105, de 16/03/2015, o instituto da reclamação passou a ser admitido perante qualquer Tribunal e teve suas hipóteses de cabimento ampliadas, conforme se verifica do *caput* e incisos de seu art. 988, *verbis*:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Entretanto, a reclamação continua a ter por objetivo tão somente

*[...] fazer com que a prestação jurisdicional mantenha-se dotada de vigor jurídico próprio ou que a competência do órgão judicial de instância superior seja resguardada. Não se presta a reclamação, contudo, a antecipar julgados, atalhar julgamentos, fazer sucumbir decisões sem que se atenha à legislação processual específica qualquer discussão ou litígio a ser solucionado juridicamente [...] (Rcl 23440, rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe-057 de 30/03/2016).*

Nesse sentido, são legitimados passivos na reclamação apenas as autoridades judiciárias que produziram o ato ou a decisão em afronta à competência do Tribunal a que vinculadas, e à autoridade de suas decisões, enunciado de súmula vinculante e decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, bem como de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Em contrapartida é que se conclui que não cabe reclamação para combater eventual descumprimento de ordem judicial por autoridade administrativa (inciso II do art. 988 do NCPC), exceto nos casos expressamente previstos em lei (art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/1999, e art. 10, § 3º, da Lei 9.882/1999 — hipóteses a que o inciso III do art. 988 do NCPC se amoldaria) ou na CR/1988 (art.103-A, § 3º incluído pela EC 45/2004).

Veja-se, a propósito, que a Lei 13.256/2016, ao incluir o inciso II ao § 5º do art. 989 do NCPC, vedou a utilização da reclamação para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, *quando não esgotadas as instâncias ordinárias*, o que reforça o entendimento de que somente é válida sua utilização — da reclamação — em face de decisões emanadas de autoridades judiciais.

Não desconheço a existência de precedentes admitindo o uso da reclamação como o instrumento adequado à garantia da autoridade das decisões do Tribunal ou à preservação de sua competência, em face de decisões de autoridades administrativas e judiciais (Cf. AgRg na Rcl 27.381/PR, rel. Ministra Regina Helena Costa, STJ – Primeira Seção, DJe de 03/11/2015).

Todavia, filio-me à corrente que entende que a efetividade da decisão judicial já proferida deve ser assegurada por meio de simples petição informando o seu descumprimento pela autoridade administrativa, a partir daí passando a impor, o magistrado ou o Tribunal, as medidas pertinentes à garantia do provimento, ou seja, ao seu adimplemento (Cf. AgRg na Rcl 2.918/MG, rel. Ministra Denise Arruda, STJ – Primeira Seção, DJe de 28/10/2008; e, Rcl 831/DF, rel. Ministro Amaral Santos, STF – Tribunal Pleno, DJ de 19/02/1971).

Pelo exposto, nego seguimento a esta reclamação.

Por oportuno, especialmente diante da alegação de descumprimento da tutela de urgência deferida, conforme admite a própria União (fl. 542), determino a requisição imediata à Procuradoria Regional da Fazenda Nacional da 1ª Região dos autos da Medida Cautelar 0000021-49.2016.4.01.0000, para naquele âmbito ser verificada a ocorrência e empreendida a solução adequada, sem prejuízo da restituição de eventual prazo para interposição de recurso.

Publique-se.

Intime-se e cumpra-se com a urgência necessária.

Brasília (DF), 31 de março de 2016.

Juiz Federal *Rodrigo Rigamonte Fonseca*, relator convocado.

## Agravamento de Instrumento 0012807-28.2016.4.01.0000/MG

Relator: Juiz Federal Rodrigo Rigamonte Fonseca (convocado)  
 Agravante: Fazenda Nacional  
 Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler  
 Agravados: QDNAS S/A e outros  
 Advogados: Dra. Vanise Gomes Santos e outros  
 Publicação: e-DJF1 de 08/04/2016, p. 444

## Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da pretensão recursal, interposto pela União (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida pelo MM. juiz federal da 24ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais que, nos autos da Execução Fiscal 2006.38.00.034065-7, indeferiu o pedido de redirecionamento da execução em relação aos sócios-administradores das empresas sucedidas e sucessoras da executada.

A agravante alega que as ilegalidades praticadas pelas pessoas físicas que são ou foram administradoras das empresas sucedidas e sucessoras da executada, quais sejam Cobrapi (atual QDNAS), Companhia Nacional e Cobrapi Gerenciamento, são decorrentes da reconhecida fraude realizada pelas empresas por elas comandadas e gerenciadas.

Afirma ter comprovado de forma cabal não somente que a devedora principal (antiga Cobrapi, atual QDNAS) dissolveu-se clandestinamente a partir da absorção gradativa de suas atividades operacionais, de seus empregados e de seus bens imateriais por outras duas empresas (em um primeiro momento, pela Companhia Nacional e, em um segundo momento, pela Cobrapi Gerenciamento), como também que os administradores das empresas sucedidas e sucessoras da executada foram (e alguns ainda são) os mentores e/ou participantes do descrito esquema fraudulentamente articulado com o propósito deliberado de ser dado prosseguimento, por outra empresa, às atividades desenvolvidas pela empresa executada, sem a contaminação dos vultosos débitos tributários que recaem sobre esta.

Sustenta que, uma vez comprovado que as operações empresariais, realizadas de maneira disfarçada, em desacordo com os preceitos legais, com o objetivo de ludibriar a Fazenda Nacional, foram dirigidas e/ou encobertas pelos administradores das empresas nelas envolvidas, é imperioso que também as pessoas físicas sejam responsabilizadas, consoante previsão dos arts. 134, III, e 135, III, do CTN.

Consoante dispõe o art. 14 do NCPC, Lei 13.105, de 16/03/2015, "*a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada*", o que impede que atinja os atos processuais já praticados. Nesse sentido, serão examinados segundo as normas do NCPC apenas os recursos em face de decisões publicadas a contar do dia 18/03/2016, o que não se amolda ao presente caso que, portanto, será analisado frente às normas insculpidas no CPC/1973.

Assim decidiu o ilustre magistrado *a quo*, às fls. 920-922:

[...]

Examino a vexata quaestio.

Trata-se de ação de execução de crédito decorrente de contribuições sociais devidas e não pagas no período indicado na CDA, tendo sido esgotados os meios legais para que a União (Fazenda Nacional) recebesse o crédito exequendo da empresa devedora, sem, porém, obter êxito.

Muito embora não esteja demonstrado que todas as empresas citadas pela Exequente tenham débitos inscritos em dívida ativa ou figurem como devedoras em ações de execuções fiscais ajuizadas pela União, tal fato não afasta, na hipótese, a pertinência subjetiva dessas empresas para a causa, tendo em vista que constituem unidades que integram uma organização empresarial.

Com efeito, trata-se, ao menos num juízo sumário de cognição, de grupo econômico formado por diversas entidades formalmente autônomas, mas que, todavia, gravitam em torno de um centro decisório unificado, responsável pela coordenação das diversas atividades econômicas desenvolvidas por esse conglomerado.

Além da unidade de direção, os documentos acostados aos autos evidenciam também a intercomunicação patrimonial, com participação societária cruzada.

E, embora se perceba que o ordenamento jurídico pátrio ainda não tenha estabelecido uma uniformidade quanto aos critérios para a caracterização dos grupos econômicos, diversos precedentes apontam no sentido de se considerar caracterizada a existência desses grupos econômicos de fato sempre que estiver demonstrada uma unidade de gestão, que controla e coordena as atividades desempenhadas pelas diversas unidades empresariais formalmente autônomas que integram a organização econômica.

Nesse sentido: Considera-se grupo econômico o conjunto de duas ou mais empresas, cada uma com personalidade jurídica própria, porém com vínculo de direção, controle, administração ou coordenação em face de atividade de qualquer natureza (TRF 3ª Região, Rel. JUIZ HENRIQUE HERKENHOFF, DJF3 CJ2 DATA: 14/05/2009 PÁGINA: 416).

[...]

Destarte, e considerando toda a documentação acostada aos autos, resta evidenciada a constituição de grupo econômico de fato entre as empresas indicadas às fls. 169/197, sendo manifesta a confusão patrimonial, implicando, destarte, na responsabilização solidária de todas as empresas que integram o referido grupo, legitimando-as, por conseguinte, a figurarem no polo passivo desta ação de execução.

Do mesmo modo, caracterizada também a sucessão empresarial.

[...]

Verifico, ainda, que na mencionada decisão, o MM. juiz *a quo* indeferiu o pedido de redirecionamento da execução aos sócios-administradores.

Entretanto, nesse particular, entendo que a r. decisão agravada merece reparo, eis que restando evidenciada a formação de grupo econômico de fato, é de se concluir que os atos foram perpetrados pelos sócios-administradores, que devem ser incluídos no polo passivo da execução. Aliás, a exequente bem demonstra a atuação específica de cada um dos sócios-administradores (fls. 09-10):

Paulo César Overa Tavares, Marcílio Antônio Guimarães Macedo e Regina Carmen Alvarenga Araújo, então administradores das empresas sucedidas e sucessoras da devedora principal, tentaram esconder as ocorridas sucessões empresariais, calcada no esvaziamento das empresas Cobrapi (atual QDNAS) e COMPANHIA NACIONAL e na subsequente constituição da empresa Cobrapi GERENCIAMENTO, mediante, inclusive, a alteração da razão e do objeto sociais, bem como do endereço da matriz e do quadro societário da empresa Executada, para continuar no exercício de suas atividades, livrando-se de um imenso passivo tributário a descoberto em nome da Executada (atual QDNAS).

Certo é que Marcílio Antônio Guimarães Macedo e Paulo César Overa Tavares, após o endividamento fiscal da empresa Executada por eles administrada, procederam à transferência das atividades de tal empresa devedora e passaram a exercer as mesmas atividades com a constituição, inicialmente, da empresa COMPANHIA NACIONAL e, após, da empresa Cobrapi GERENCIAMENTO, à qual se juntou Regina Carmen Alvarenga Araújo, que também administrou a COMPANHIA NACIONAL.

Já Márcio Carvalho Fernandes e Francisco José Vieira tiveram participação na verificada fraude, ao assumirem, em 25/05/2006, a gestão da empresa Executada, atual QDNAS, quando se tentou encobrir, como visto, sobretudo por meio das alterações societárias da devedora principal, a iniciada sucessão desta pela COMPANHIA NACIONAL, posteriormente sucedida pela Cobrapi GERENCIAMENTO. Demonstrou-se, ainda, no que tange a Francisco José Vieira, que este figura, nos cadastros da Receita Federal do Brasil e da Jucees, como atual administrador e acionista controlador da QDNAS, que, como comprovado nos autos do processo originário, foi dissolvida irregularmente, nos moldes da Súmula nº 435 do STJ, haja vista a sua não localização no endereço atualmente registrado como seu domicílio e a certificação de encerramento de suas atividades.

Kátia Amorim da Costa Barbosa, cuja profissão é manicure, irmã de Márcia Amorim da Costa, assumiu, igualmente, a gestão de negócio fraudulento em curso, sem qualquer capacidade contributiva, emprestando seu nome para ocultar as sucessões empresariais e os reais administradores das pessoas jurídicas sucedidas e sucessoras (Cobrapi, atual QDNAS, COMPANHIA NACIONAL e Cobrapi GERENCIAMENTO). Assim como Francisco José Vieira, figura também como atual administradora da QDNAS, dissolvida irregularmente.

Quanto à Márcia Amorim da Costa, contadora do grupo Cobrapi, restou evidenciado que ela emprestou seu nome para a constituição, em 26/10/2007, da Cobrapi GERENCIAMENTO, momento em que, aliás, integrou o quadro societário da referida pessoa jurídica, na qualidade de administradora dos negócios empresariais, tendo o conhecimento de todos os fatos que envolviam as empresas do grupo e participado da sucessão da COMPANHIA NACIONAL pela Cobrapi GERENCIAMENTO, além de figurar, desde 22/02/2013, como sócia-administradora da OT Empreendimentos e Participações Ltda. (empresa que teve o controle acionário da então Cobrapi, atual QDNAS, retirando-se da sociedade, em 08/2006, mediante a transferência de todas as suas ações para Francisco José Vieira e que é sócia majoritária - detentora de 99% das cotas -, desde 04/2008, da Cobrapi GERENCIAMENTO).



Finalmente, foi comprovado que Remo Larciprete de Alvarenga foi funcionário da COMPANHIA NACIONAL e participa efetivamente da fraude em curso, ao assumir, a partir do ano de 2012, a gestão da Cobrapi GERENCIAMENTO.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. GRUPO ECONÔMICO. NÃO CONFIGURAÇÃO.

- O reconhecimento de grupo econômico prescinde do preenchimento dos requisitos do artigo 135, inciso III, do CTN, eis que não se trata de redirecionamento do feito aos sócios, cuja responsabilidade tributária é subsidiária quando só se permite alcançar o patrimônio dos sócios se frustrada a expropriação do patrimônio próprio da empresa, desde que presentes os requisitos específicos (gestão com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato ou estatuto social ou, ainda, na hipótese de dissolução irregular da sociedade), conforme a norma mencionada. No caso de grupo econômico a responsabilidade é solidária e seu reconhecimento legitima o alcance do patrimônio das firmas integrantes e dos respectivos gestores, a partir do provimento jurisdicional, de cunho declaratório, que reconhece tratar-se, na verdade, de uma única entidade empresarial. Desse modo, o fato de não haver provas nos autos de dissolução irregular da sociedade não impede, por si só, o seu reconhecimento.

- Constatados a existência de grupo econômico de fato e o desrespeito à mencionada independência com o intuito de fraudar credores, ou seja, com abuso da personalidade jurídica, legitima-se o alcance do patrimônio das firmas integrantes e dos respectivos sócios, a partir do provimento jurisdicional, de cunho declaratório, conforme mencionado.

- Desse modo, em que pese haja prova de que a empresa agravada foi formada por membros de duas famílias e que o mesmo ocorreu em relação às demais, bem como que a maioria destas empresas está localizada na mesma rua, desde 2003, a empresa executada não pertence mais a membros dessa família e a partir 2008 têm como sócios Maria Aparecida Olbi Trindade e Paulo Fernando dos Santos, com novo em Itapeirica da Serra - SP.

- Não ficou demonstrado o esvaziamento financeiro da empresa e nem mesmo existência de confusão patrimonial com as demais. Assim, não estão comprovados os elementos caracterizadores de grupo econômico em relação à empresa agravada.

- Agravo de instrumento desprovido. (TRF-3ª Região, 4ª Turma, AI 00263707420124030000, Rel. Juiz Convocado Sidmar Martins, e-DJF3 Judicial 1 Data: 17/03/2016.)

\*\*\*

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA RECURSAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL ANTES DE SE PROMOVER A AVALIAÇÃO DOS BENS INDICADOS À PENHORA: DESNECESSIDADE. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. (3)

1. Afasta-se a preliminar de ausência de interesse recursal, ao passo que a empresa executada detém legitimidade ativa recursal para interpor agravo de instrumento em desfavor da decisão monocrática que determinou o reforço da penhora, por meio do redirecionamento do feito executivo, sem que realizada a devida avaliação judicial dos bens já nomeados.

2. De acordo com o art. 50 do CC, identificadas a unidade gerencial, a confusão patrimonial e a intenção de fraudar credores, é possível a desconsideração da personalidade jurídica para garantir a satisfação do crédito tributário pelas empresas formadoras do grupo econômico de fato e seus sócios.

3. O processo executivo deve pautar-se pela observância do princípio da menor onerosidade, albergado no artigo 620 do CPC, de sorte que "quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor".

4. Considerando que a demora na avaliação judicial dos bens indicados à penhora não justifica, na hipótese, o redirecionamento da execução fiscal, a manutenção da decisão de fls. 5.838/5839 é medida que se impõe, sem prejuízo de revisão no futuro, desde que comprovado que os bens nomeados não foram suficientes para garantir a totalidade do montante executado.

5. Agravo de instrumento provido. (TRF- 1ª Região, 7ª Turma, AG 0051029-36.2014.4.01.0000/DF, Rel. Desembargador Federal José Amílcar Machado, Rel. Acor. Desembargadora Federal Ângela Catão, e-DJF1 p.2948 de 29/05/2015.)

\*\*\*

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - LEGITIMIDADE PASSIVA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - GRUPO ECONÔMICO - CARACTERIZAÇÃO - AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos dos artigos 124, II, do CTN e 30, IX, da Lei n. 8.212/91, inafastável a responsabilidade solidária por dívida fiscal entre componentes do mesmo grupo econômico, que se dá quando configurada a existência de entidades autônomas, com personalidades jurídicas distintas, porém, sob o comando de uma única direção, o que permite o redirecionamento da execução.

2. "A veemência de indícios hábeis a caracterizar as empresas como integrantes do mesmo grupo econômico reflete situação apta a respaldar a atuação fiscal, ensejando a responsabilidade tributária solidária" (AG n. 2007.04.00.022987-3, Rel. Des. Federal Artur César de Souza, 2ª Turma do TRF da 4ª Região, DJ de 28/10/2009).

3. As operações societárias praticadas pelas agravantes, mediante a multiplicação de empresas com transferência de patrimônio e sucessivas cisões e alterações da razão social e da forma societária, transferindo formalmente a administração e gerenciamento das mesmas entre o mesmo grupo de sócios, demonstram, de forma evidente, a existência de um grupo econômico de fato.

4. Agravo de instrumento não provido.

5. Peças liberadas pelo Relator, em 13/02/2012, para publicação do acórdão. (TRF-1ª Região, 6ª Turma Suplementar, AG 0039885-46.2006.4.01.0000/MG, Rel. Juiz Federal Wilson Alves de Souza, Rel. Conv. Juiz Federal Sílvio Coimbra Mourthé, e-DJF1 p.49 de 22/02/2012.)

Pelo exposto, *dou provimento* ao agravo, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC/1973, para determinar a inclusão dos sócios-administradores das empresas sucedidas e sucessoras da executada no polo passivo da execução.

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, 31 de março de 2016.

Juiz Federal *Rodrigo Rigamonte Fonseca*, relator convocado.

---

Numeração única: 0035228-05.2009.4.01.3800

Pedido de Uniformização de Jurisprudência 2009.38.00.704434-3

Relator: Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende  
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
Recorrido: João Custódio Pinto  
Advogada: Dra. Renata Mara Silva  
Publicação: e-DJF1 de 08/04/2016, p. 1.162

## Ementa

*Previdenciário. Revisão de benefício. IRSM de fevereiro de 1994. Decadência. Não ocorrência. Reconhecimento do direito pela Lei 10.999/2004, resultante da conversão da MP 201/2004. Renúncia do prazo decadencial. Fluência de novo prazo a partir da ocorrência legal. Pedido de uniformização desprovido.*

I. Trata-se de pedido de uniformização de interpretação de lei federal interposto pelo INSS contra acórdão proferido pela 4ª Turma Recursal da Seção Judiciária de Minas Gerais que manteve a condenação da autarquia a proceder à revisão da RMI do benefício do autor mediante a incidência do IRSM de 39,67% em fevereiro de 1994.

II. A autarquia sustenta a ocorrência da decadência do direito do autor à revisão do benefício, haja vista que o caso dos autos a concessão do benefício deu-se em 29/02/1996 (fl. 18), e a ação foi ajuizada somente em 14/12/2007 (fl. 3), isto é, após o lapso do prazo decadencial de 10 (dez) anos.

III. A turma recursal de origem adotou o entendimento de que o prazo decadencial deve ter como termo *a quo* para sua contagem a data da entrada em vigor da MP 201/2004, publicada em 26/07/2004 e convertida na Lei 10.999/2004.

IV. Foi apontada divergência em face do entendimento firmado pela 3ª Turma Recursal da Seção Judiciária de Minas Gerais que em julgamento semelhante decidiu que a edição da MP 201/2004, convertida na Lei 10.999/2004, em nada repercutiu na fluência do prazo decadencial.

V. Na realidade, a situação em foco encerra questão peculiar, visto que, a rigor, já havia iniciado o prazo decadencial para revisão do benefício, cuja data de concessão é anterior à edição da Medida Provisória 1.523-9/1997, que instituiu o prazo de decadência de dez anos para tal finalidade.

VI. O Supremo Tribunal Federal, no RE 626489/SE, em sede de repercussão geral (art. 543-B do CPC), fixou a tese que, para os benefícios concedidos anteriormente à edição da referida norma, o prazo decadencial tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 2007, por força de disposição nela expressamente prevista, encerrando-se em 1º de agosto de 2007.

VII. Salienta-se que o aludido Código Civil é expresso na esteira de que é nula a renúncia à decadência fixada em lei, consoante a disposição do art. 209. Significa dizer que se uma lei fixa prazo decadencial, um ato infralegal não poderia reconhecer a renúncia. Todavia, nada impede que uma lei de mesma hierarquia efetue tal previsão como restou consignado na MP 201/2004 publicada em 26/07/2004 e convertida na Lei 10.999/2004.

VIII. Com efeito, diante da promulgação da Lei 10.999/2004, entendo que houve renúncia ao prazo decadencial iniciado, tendo em vista o reconhecimento expresso do direito dos segurados à revisão dos benefícios previdenciários concedidos com data de início posterior de fevereiro de 1994 mediante a aplicação, sobre os salários de contribuição anteriores a março de 1994, do percentual de 39,67%, referente ao Índice de Reajuste do Salário-Mínimo – IRSM do mês de fevereiro de 1994.

IX. A legislação citada teve por escopo a extensão do mencionado direito de revisão a todos os segurados da previdência social abrangidos pela norma, o que deveria ter sido efetivado de ofício pelo INSS, não devendo ser repassado o ônus para a parte mais vulnerável da relação jurídica, compelindo o segurado à formulação de requerimento administrativo para a obtenção de tal direito.

X. A interpretação restritiva no contexto narrado fere, frontalmente, a teoria que tem saído vencedora no âmbito do STJ, na linha de que na dúvida o julgador deve interpretar a favor do segurado. Nesse sentido, a renúncia ao prazo decadencial fluente até então por força do art.103 da Lei 8.213/1991, com a vigência da Lei 10.999/2004, resultou em novo prazo de decadência do direito à revisão dos benefícios previdenciários a partir da ocorrência legal.

XI. Consequentemente, diante da argumentação supra, há de se interpretar no caso concreto a existência de novo prazo decadencial a partir da edição da Medida Provisória 201/2004, publicada em 26/07/2004, posteriormente convertida na Lei 10.999/2004, o que dá ensanchas à postulação da revisão até 26/07/2014.

XII. Por fim, exegese em sentido contrário reforça a existência de locupletamento ilícito pela autarquia previdenciária, o que é vedado pelos princípios gerais do direito.

XIII. Nessa esteira, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), em sessão realizada no dia 7 de maio deste ano, pacificou que “ao reconhecer o direito à revisão e prever o pagamento dos valores atrasados nas condições que especifica (para os benefícios concedidos após fevereiro/1994 e que tenham este mês incluído no Período Básico de Cálculo - PBC), a Lei 10.999/2004 provocou renúncia ao prazo decadencial com a sua simples entrada em vigor, devendo ser estabelecida a contagem de novo prazo decadencial para requerimento a partir deste marco temporal, e não quando se perfectibilizou o pagamento da primeira prestação do benefício” (Processo 0502663-04.2012.4.05.8200, relator Juiz Federal Carlos Wagner Dias Ferreira).

XIV. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em recente julgado, assentou que “Com a edição da MP 201/04, publicada em 26/07/2004, posteriormente convertida na Lei 10.99/2004. a data de sua publicação foi fixada como termo inicial da decadência (art. 103 da Lei 8.213/1991) e da prescrição (Súmula 85 do STJ) (TNU - PU 200671500043626, Juiz Federal Ronivon de Aragão, *DJ* 25/11/2011) nas ações em que postula a inclusão do IRSM de 39.67% na atualização monetária dos salários de contribuição. Inocorrência de decadência na espécie.” (AC 0000343-18.2007.4.01.3902/PA, rel. Desembargador Federal Francisco de Assis, rel. Juiz Federal Cleberson José Rocha (convocado), Segunda Turma, *e-DJF1*, p. 1.861, de 29/05/2015.)

XV. De igual modo, os demais Tribunais Regionais Federais têm adotado semelhante entendimento. Precedentes: APELRE 201051020008557, Desembargador Federal Paulo Espírito Santo, TRF2 – Primeira Turma Especializada, *e-DJF2R* – Data: 17/01/2014; AC 00307014120134039999, Desembargador Federal Fausto de Sanctis, TRF3 – Sétima Turma, *e-DJF3* Judicial 1 – Data: 15/05/2015; TRF4, APELREEX 5004786-90.2014.404.7007, Quinta Turma relator p/ acórdão Ricardo Teixeira do Valle Pereira, juntado aos autos em 19/06/2015; AC 00015417720144059999, Desembargador Federal Rogério Roberto Gonçalves de Abreu, TRF5 – Quarta Turma, *DJE* – Data: 12/06/2014.

XVI. Dessarte, ante a edição da MP 201/2004, publicada em 26/07/2004 e convertida na Lei 10.999/2004, não se há falar em decadência na espécie, porquanto o direito vindicado na presente ação diz respeito à aplicação de disposição da aludida norma que autorizou a revisão do benefício do autor; e desde a sua vigência até a data do ajuizamento da ação (23/09/2009, fl. 3) não decorreu o prazo decadencial de 10 (dez) anos.

XVII. Pedido de uniformização conhecido e, no mérito, desprovido.

## Acórdão

A Turma *negou provimento* ao pedido de uniformização, por unanimidade.

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 pelo INSS contra acórdão proferido pela 4ª Turma Recursal da Seção Judiciária de Minas Gerais que, reformando a sentença de 1º grau, julgou procedente o recurso inominado

interposto e condenou a autarquia a proceder à revisão da RMI do benefício do autor mediante a incidência do IRSM de 39,67% em fevereiro de 1994.

A autarquia sustenta a ocorrência da decadência do direito do autor à revisão do benefício, haja vista que no caso dos autos a concessão do benefício deu-se em 1º/10/1996 (fl. 13), e a ação foi ajuizada somente

em 25/03/2008 (fl. 2), isto é, após o lapso do prazo decadencial de 10 (dez) anos.

A Turma Recursal de origem adotou o entendimento de que “a MP 201/2004, publicada em 26.7.2004 e convertida na lei 10.999/2004, fixou a data de sua publicação como termo inicial da decadência [...]” e concluiu que “O prazo decadencial, *in casu*, deve ter como termo a quo para sua contagem a data da entrada em vigor da MP 201/2004” (fl. 90, item 3 do acórdão).

Foi apontada divergência em face do entendimento firmado pela 3ª Turma Recursal da Seção Judiciária de Minas Gerais que em julgamento semelhante decidiu que a edição da MP 201/2004, convertida na Lei 10.999/2004, em nada repercutiu na fluência do prazo decadencial.

Devidamente intimado, o recorrido não apresentou contrarrazões (fl. 126-verso).

É o relatório.

## Voto

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende:* — Na realidade, a situação em foco encerra questão peculiar, visto que, a rigor, já havia iniciado o prazo decadencial para revisão do benefício, cuja data de concessão é anterior à edição da Medida Provisória 1.523-9/1997, que instituiu o prazo de decadência de dez anos para tal finalidade.

O Supremo Tribunal Federal, no RE 626489/SE, em sede de repercussão geral (art. 543-B do CPC), fixou a tese que, para os benefícios concedidos anteriormente à edição da referida norma, o prazo decadencial tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista, encerrando-se em 1º de agosto de 2007.

Cabe salientar que a teoria aplicável ao instituto de decadência não admite a existência de suspensão ou interrupção de seu prazo. Todavia, o art. 207 Código Civil é explícito na esteira de que a lei pode dispor em sentido contrário.

Salienta-se, ainda, que o aludido código é expresso na esteira de que é nula a renúncia à decadência fixada em lei, consoante a disposição do art. 209. Significa dizer que se uma lei fixa prazo decadencial um ato infralegal não poderia reconhecer a renúncia. Todavia, nada impede que uma lei de mesma hierarquia efetue tal previsão como restou consignado na MP 201/2004, publicada em 26/07/2004 e convertida na Lei 10.999/2004.

Com efeito, diante da promulgação da Lei 10.999/2004, entendo que houve renúncia ao prazo decadencial iniciado, tendo em vista o reconhecimento expresso do direito dos segurados à revisão dos benefícios previdenciários concedidos com data de início posterior a fevereiro de 1994 mediante a aplicação, sobre os salários de contribuição anteriores a março de 1994, do percentual de 39,67%, referente ao Índice de Reajustes do Salário-Mínimo – IRSM do mês de fevereiro de 1994.

A legislação citada teve por escopo extensão do mencionado direito de revisão a todos os segurados da previdência social abrangidos pela norma, o que deveria ter sido efetivado de ofício pelo INSS, não devendo ser repassado o ônus para a parte mais vulnerável da relação jurídica, compelindo o segurado à formulação de requerimento administrativo para obtenção de tal direito.

A interpretação restritiva no contexto narrado fere, frontalmente, a teoria que tem saído vencedora no âmbito do STJ, na linha de que na dúvida o julgador deve interpretar a favor do segurado. Nesse sentido, a renúncia ao prazo decadencial fluente até então por força do art. 103 da Lei 8.213/1991, com a vigência da Lei 10.999/2004, resultou em novo prazo de decadência do direito a revisão dos benefícios previdenciários a partir da ocorrência legal.

O quadro jurídico decorrente de tal hipótese tem efeito semelhante à aplicação como situação excepcional do instituto da interrupção da decadência nos termos do art. 207 do Código Civil.

Consequentemente, diante da argumentação supra, há de interpretar no caso concreto a existência de novo prazo decadencial a partir da edição da Medida Provisória 201/2004, publicada em 26/07/2004, posteriormente convertida na Lei 10.999/2004, o que dá ensejo à postulação da revisão até 26/07/2014.

Por fim, exegese em sentido contrário reforça a existência de locupletamento ilícito pela autarquia previdenciária, o que é vedado pelos princípios gerais do direito.

Nessa esteira, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), em sessão realizada no dia 7 de maio deste ano, pacificou que

[...] ao reconhecer o direito à revisão e prever o pagamento dos valores atrasados nas condições que especifica (para os benefícios concedidos após fevereiro/1994 e que tenham este mês incluído no Período Básico de Cálculo - PBC), a Lei 10.999/2004 provocou renúncia ao prazo decadencial com a sua simples entrada em vigor, devendo ser estabelecida



a contagem de novo prazo decadencial para requerimento a partir deste marco temporal, e não quando se perfectibilizou o pagamento da primeira prestação do benefício [...] (Processo 502663-04.2012.4.05.8200, relator Juiz Federal Carlos Wagner Dias Ferreira).

O Tribunal Regional da 1ª Região, em recente julgado, assentou que

Com a edição da MP 201/2004, publicada em 26/07/2004, posteriormente convertida na Lei 10.999/2004, a data de sua publicação foi fixada como termo inicial da decadência (art. 103 da Lei 8213/1991) e da prescrição (Súmula 85 do STJ) (TNU - PU 200671500043626, Juiz Federal Ronivon de Aragão, *DJ* 25/11/2011) nas ações em que se postula a inclusão do IRSM de 39,67% na atualização monetária dos salários-de-contribuição. Inocorrência de decadência na espécie [...] (AC 0000343-18.2007.4.01.3902/PA, rel. Desembargador Federal Francisco de Assis Betti, rel. Juiz Federal Cleberon José Rocha (conv.), Segunda Turma, *e-DJF1*, p. 1.861, de 29/05/2015).

De igual modo, os demais Tribunais Regionais Federais têm adotado semelhante entendimento, consoante se aquilata nos excertos abaixo transcritos.

[...] A contagem do prazo decadencial, in casu, somente se iniciou em dezembro de 2004. a partir da entrada em vigor da Lei nº 10.999, que autorizou a revisão dos benefícios previdenciários concedidos com data de início posterior a fevereiro/94, recalculando-se o salário original mediante a inclusão, no fator de correção dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994. do percentual de 39,67%, referente ao índice de Reajuste do Salário Mínimo - IRSM - Como a presente demanda foi proposta no ano 2010, portanto antes de findado o prazo dacadencial previsto pelo art. 103 da Lei nº 8.213/91, não há que se falar, no caso, em operação da decadência. [...] (APELRE 201051020008457, Desembargador PAULO ESPIRITO SANTO, TRF2 - PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 17/01/2014.

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL REVISÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA . NÃO OCORRÊNCIA CORREÇÃO MONETÁRIA DOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO. IRSM DE FEVEREIRO DE 1994. APLICAÇÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. AGRAVO DESPROVIDO. - Adotadas as razões declinadas na decisão agravada . - Não ocorrência do instituto da decadência, considerando que o direito de aplicação do IRSM previsto no artigo 21 da Lei nº 8.800/1994 aos salários de contribuição restou patente

somente com a Lei n.10.999, de 15 de dezembro de 2004, não tendo havido o transcurso do prazo decadencial decenal entre o surgimento do direito e o ajuizamento da presente ação. - Observância do disposto no artigo 441, 2º. da Instrução Normativa INSS/PRES.n 45/2010, no sentido de que as revisões determinadas em dispositivos legais, salvo se houver revogação expressa, mesmo que decorridos mais de 10 (dez) anos da data em que deveriam ter sido pagas, deverão ser processadas, observando-se a prescrição quinquenal . [...] (AC 00307014120134039999, DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SACTIS, TRF3 - SÉTIMA TURMA, eDJF3 Judicial I DATA:15/05/2015 FONTE\_ REPUBLICAÇÃO..)

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DO BENEFÍCIO. DECADÊNCIA IRSM DE FEVEREIRO DE 1994. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS 1. A decadência do direito à revisão dos benefícios concedidos com data de início posterior a fevereiro de 1994, mediante a aplicação do IRSM de 02/94 no percentual de 39,67%, somente poderá ser contada a partir do reconhecimento do direito por meio da Lei 10.999, de 15/12/2004, que autorizou a revisão [...] (TRF-4, APELREEX 5004786-90.2014.404.7007. Quinta Turma, Relator p/ Acórdão Ricardo Teixeira do Valle Pereira, juntado aos autos em 19/06/2015)

[...] Enquadrando-se na situação descrita na MPn.201/2004, ainda que tenha perdido o prazo para transação extrajudicial, tem direito o beneficiário à revisão de benefício relativa ao IRSM e aos valores atrasados reconhecidos administrativamente pelo INSS. 2 A partir do reconhecimento legal (através de MP) e administrativo do direito à revisão e aos respectivos atrasados, ocorre renúncia tácita a eventuais prazos decadenciais e prescricionais. Não ocorrência de decadência ou prescrição [...] (AC 00015417720144059999, Desembargador Federal Rogério Roberto Gonçalves de Abreu TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data:12/06/2014 - Página:240.)

Dessarte, ante a edição da MP 201/2004, publicada em 26/07/2004 e convertida na Lei 10.999/2004, não se há falar em decadência na espécie, porquanto o direito vindicado na presente ação diz respeito à aplicação de disposição da aludida norma que autorizou a revisão do benefício do autor; e desde a sua vigência até a data do ajuizamento da ação (23/03/2008, fl. 2) não decorreu o prazo decadencial de 10 (dez) anos.

Ante o exposto, nego provimento ao pedido de uniformização interposto.

É como voto.

## Pedido de Uniformização de Jurisprudência: 0008921-81.2012.4.01.3000/AC

Relator substituto: Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga  
 Recorrente: Marcelo Lima de Barros  
 Advogados: Dr. André Fabiano Santos Aguiar e outro  
 Recorrida: União Federal  
 Procurador: Dr. José Roberto Machado Farias  
 Publicação: e-DJF1 de 08/04/2016, p. 1.156

### Ementa

*Constitucional e Administrativo. Adicional de atividade penosa. Art. 7º, inciso XXIII, da CF/1988 e arts. 70 e 71 da Lei 8.112/1990. Concessão. Necessidade de regulamentação. Servidor do Poder Judiciário da União. Aplicação analógica da Portaria PGR/MPU 633, de 10/12/2010. Impossibilidade. Princípio da isonomia. Vedação da Súmula Vinculante 37, do STF. Precedentes da TNU dos JEFs e do STJ. Incidente conhecido e improvido.*

I. A concessão do adicional de atividade penosa, de que tratam o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal e arts. 70 e 71 da Lei 8.112/1990, depende de regulamentação.

II. Não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de afronta ao comando emanado da Súmula Vinculante 37, do STF, considerar, para fins de regulamentação do adicional de atividade penosa a seus servidores, a Portaria PGR/MPU 633, de 10/12/2010, que se destina aos servidores do Ministério Público da União.

III. Omissão regulamentar que, embora injustificável, dado o longo tempo decorrido desde a edição da Lei 8.112/1990, não pode ser suprida judicialmente.

IV. Incidente conhecido e improvido.

### Acórdão

A Turma, por unanimidade, conheceu e negou provimento ao incidente de uniformização.

Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência – 23/10/2015.

Juiz Federal *Fausto Mendanha Gonzaga*, relator em substituição.

### Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga: — Inicialmente, exerço juízo de retratação em relação à decisão que negou seguimento ao presente pedido de uniformização, proferida pelo relator originário do processo, eis que fundamentada em premissa equivocada. Efetivamente, a intimação da parte-autora, quanto aos termos do acórdão, se deu em 08/11/2013 e não em 18/10/2013<sup>1</sup>, consoante se verifica na certidão de fl. 74. Assim, sendo tempestivo o manejo do incidente, dele conheço, restando sem efeito a decisão de fl. 131.

O incidente de uniformização de jurisprudência é suscitado por *Marcelo Lima de Barros*, devidamente representado por advogado constituído, em face de

acórdão proferido pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado do Acre.

Sustenta o suscitante, em síntese, a necessidade de reforma do acórdão recorrido, com vistas a que se dê interpretação uniforme a lei federal, uma vez que o entendimento prevalecente no aludido julgado diverge do entendimento da Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado de Rondônia, este no sentido de que é possível a aplicação analógica, aos servidores do Poder Judiciário, da Portaria PGR/MPU 633, de 10/12/2010, que regulamentou a concessão do adicional de atividades penosas de que tratam os arts. 70 e 71 da Lei 8.112/1990.

A União, em contrarrazões, aduziu ser vedado ao Poder Judiciário substituir ao legislador/administrador, na função de regulamentar a concessão do adicional de penosidade, não podendo adotar, por analogia, ato

<sup>1</sup> Data destacada em negrito na certidão de fl. 74.

normativo do Ministério Público da União. Invoca, em acréscimo aos seus argumentos, a Súmula 339/STF, cuja redação é a seguinte: “*Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob o fundamento da isonomia*”.

Caracterizado o dissídio jurisprudencial, eis que diametralmente opostos os entendimentos esposados pelas Turmas Recursais das Seções Judiciárias dos Estados do Acre e de Rondônia, irretocável a decisão que admitiu o processamento do incidente.

É o sucinto relatório. Passo a decidir.

## Voto

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Fausto Mendanha Gonzaga:* — Postula o suscitante a modificação do acórdão de origem, que, reformando a sentença de primeiro grau, julgou improcedente o pedido de concessão de adicional de atividade penosa, no valor equivalente a 20% (vinte por cento) sobre o vencimento básico por ele recebido.

A Constituição da República, em seu art. 7º, inciso XXIII, garantiu aos trabalhadores urbanos e rurais “*adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei*”. (destaquei)

Editada a Lei 8.112, em 11/12/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, foi estabelecida, para fins de concessão do adicional de atividade penosa, a necessidade de regulamentação. Vejamos o que dizem os arts. 70 e 71 do aludido diploma legal:

Art. 70. Na concessão dos adicionais de atividades penosas, de insalubridade e de periculosidade, serão observadas as situações estabelecidas em legislação específica.

Art. 71. O adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento. (original sem destaques).

Estabelecida essa premissa, resta saber se compete ao Poder Judiciário, diante da omissão do legislador/administrador, que, passados praticamente 25 (vinte e cinco) anos da edição da Lei 8.112/1990, ainda não regulamentou a concessão do aludido adicional, lançar mão de ato normativo destinado a outra categoria funcional, no caso aos servidores do Ministério Público da União, como norma regulamentadora do adicional de atividade penosa para outros servidores públicos. Para se concluir afirmativamente, forçoso aplicar o princípio da isonomia, na medida em que a

remuneração dos servidores do Poder Judiciário da União, sabidamente, é equivalente à dos servidores do Ministério Público da União.

No acórdão objeto da irresignação vazada neste incidente, a conclusão foi pela impossibilidade de aplicação analógica da Portaria PGR/MPU 633, de 10/12/2010, circunstância que ensejou o indeferimento da pretensão, diante da ausência de regulamentação, relativamente à categoria profissional do autor, servidor do Poder Judiciário da União, da concessão do adicional de atividade penosa.

Examinando a matéria, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, nos autos do Pedilef 00007891420124013201, de relatoria do Juiz Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá, entendeu de forma idêntica, consoante se verifica no acórdão respectivo, publicado no *DOU* de 05/12/2014, cujo conteúdo é o seguinte:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR DO JUDICIÁRIO. FUNÇÃO COMISSIONADA. JUSTIÇA DO TRABALHO. ADICIONAL DE ATIVIDADE PENOSA. AUSÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA. EQUIVALÊNCIA REMUNERATÓRIA COM OS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 339 DO STF E SÚMULA VINCULANTE N. 37/STF. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Cuidam os autos de ação ordinária ajuizada pelo Recorrido, ocupante de função comissionada no âmbito da Justiça do Trabalho (localidade de Tabatinga/AM) em face da União Federal objetivando perceber diferenças vencimentais a título de ‘adicional de atividade penosa’, nos termos do Art. 7º, XXIII/CF e dos Artigos 70 e 71 da Lei 8.112/90. Argumenta que, não obstante a ausência de regulamentação deste adicional pelo Conselho Superior da Magistratura Trabalhista (de resto, expressamente denegado, v.g., nos autos dos processos administrativos PP-4254-11.2010.5.90.0000 e CSJT-PP-264-75.2012.5.90.0000), tal lacuna pode vir a ser colmatada pela aplicação da Portaria n. PGR/MPU n 633/2010. 1.1. O Juiz Federal de Tabatinga/AM julgou procedente em parte a ação ordinária para o fim de condenar a União Federal a pagar em benefício do Autor o adicional de atividade penosa no valor de 20% do que percebe a título de função comissionada, e as diferenças devidas, a partir de 01.01.2010. A sentença foi confirmada, à unanimidade de votos, pela Turma Recursal do Amazonas. Admitido o pedido de uniformização, vieram os autos a mim distribuídos. 2. O adicional de atividade penosa, previsto nos artigos 70 e 71 da Lei 8.112/90, é devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem. A respectiva percepção encontra-se condicionada, consoante a própria dicção legal (Art.

71), à regulamentação a ser estabelecida em caráter específico, fruto do exercício do poder regulamentar, inexistente no âmbito do Poder Judiciário Nacional (Vide PPN - 2012/00017, decidido pelo CJF). 3. Com efeito – é bom fixar o entendimento – o adicional de penosidade encontra-se previsto no artigo 7º, inciso XXIII da Constituição Federal/88, inserido no mundo jurídico juntamente com os adicionais de insalubridade e periculosidade. A Lei n.º 8.112/90, que trata do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, em seu art. 70, dispõe que ‘na concessão dos adicionais de atividades penosas, insalubres e de periculosidade serão observadas as situações estabelecidas em legislação específica’. Por sua vez, o artigo 71 da Lei 8.112/1990, prevê o adicional de penosidade, garantindo-o aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento. 3.1. Verifica-se, assim, que o artigo 71 é claro ao referir que o adicional de penosidade será devido ao servidor nos termos, condições e limites fixados em regulamento. Isto é, a própria lei definiu que o regulamento tem o condão de definir os termos, condições e limites para o pagamento da parcela em questão. Todavia, atualmente, não há qualquer previsão legal para definir ou caracterizar a atividade penosa no âmbito da Justiça do Trabalho, não sendo possível aplicar por analogia norma regulamentadora de outros órgãos, uma vez que, a Lei n. 8.112/1990 ao tratar da matéria condicionou o seu pagamento à existência de regulamento específico. Em conclusão, portanto, não se faz possível estender para os Servidores da Justiça do Trabalho o adicional de penosidade concedido pelo Ministério Público Federal. 4. Confira-se, a propósito, o seguinte Acórdão do STF, da Relatoria Min. Moreira Alves: Servidor público. Adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. Art. 7º, XXIII, da Constituição Federal. - O artigo 39, § 2º, da Constituição Federal apenas estendeu aos servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios alguns dos direitos sociais por meio de remissão, para não ser necessária a repetição de seus enunciados, mas com isso não quis significar que, quando algum deles dependesse de legislação infraconstitucional para ter eficácia, essa seria, no âmbito federal, estadual ou municipal, a trabalhista. Com efeito, por força da Carta Magna Federal, esses direitos sociais integrarão necessariamente o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mas, quando dependem de lei que os regulamente para dar eficácia plena aos dispositivos constitucionais de que eles decorrem, essa legislação infraconstitucional terá de ser, conforme o âmbito a que pertence o servidor público, da competência dos mencionados entes públicos que constituem a federação. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido. (STF. RE 169173, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado

em 10/05/1996, DJ 16-05-1997 PP-19965 EMENT VOL-01869-03 PP-00508) 5. Por fim, há de se levar em conta a recente edição da Súmula Vinculante n. 37, do STF, incrementando o peso decisório da anterior Súmula 339: NÃO CABE AO PODER JUDICIÁRIO, QUE NÃO TEM FUNÇÃO LEGISLATIVA, AUMENTAR VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS SOB O FUNDAMENTO DE ISONOMIA. 7. Pedido de Uniformização de Jurisprudência conhecido e provido para, reformando o Acórdão recorrido, julgar improcedente o pedido vestibular, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

No mesmo sentido foi o posicionamento recentemente adotado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, consoante se observa no *decisum* adiante transcrito, no qual é mencionado o precedente da TNU dos JEFs:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROFESSORES UNIVERSITÁRIOS. PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DO ADICIONAL DE ATIVIDADE PENOSA. ART. 71 DA LEI 8.112/1990. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. PRECEDENTE DA TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Os recorrentes são professores universitários federais, exercendo suas atividades na Universidade Federal do Pampa - UNIPAMPA, no campus universitário de Dom Pedrito/RS, e sustentam que fazem jus ao recebimento de Adicional de Atividade Penosa, ou Adicional de Fronteira, em razão do desempenho de suas funções em Zona de Fronteira, nos termos do art. 71 da Lei 8.112/1990. 2. O inciso IV do art. 61 da Lei 8.112/1990 assegurou aos servidores públicos civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais, o direito a percepção de um adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas. 3. Acerca do Adicional de Atividade Penosa, dispõem arts. 70 e 71 da Lei 8.112/1990: ‘Art. 70. Na concessão dos adicionais de atividades penosas, de insalubridade e de periculosidade, serão observadas as situações estabelecidas em legislação específica. Art. 71. O adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento’. 4. Da leitura dos dispositivos infraconstitucionais, observa-se que o legislador derivado decorrente estabeleceu de forma expressa que a concessão do Adicional de Atividade Penosa aos servidores públicos federais depende de ‘termos, condições e limites previstos em regulamento’, evidenciado, assim, o caráter de norma de eficácia limitada do art. 71 da Lei 8.112/1990, porquanto a concessão da referida vantagem aos servidores públicos federais depende de regulamentação. 5. Hely Lopes Meirelles (in Direito Administrativo

Brasileiro. 14. ed., p. 108), leciona que ‘as leis que trazem a recomendação de serem regulamentadas, não são exequíveis antes da expedição do decreto regulamentar, porque esse ato é *conditio juris* da atuação normativa da lei. Em tal caso, o regulamento opera como condição suspensiva da execução da norma legal, deixando os seus efeitos pendentes até a expedição do ato do Executivo’. 6. Desse modo, não prospera a pretensão autoral, tendo em vista a inexistência no âmbito do Poder Executivo Federal de norma regulamentadora do direito ao Adicional de Atividade Penosa previsto no art. 71 da Lei 8.112/1990, bem como diante da impossibilidade de aplicação aos recorrentes dos termos da Portaria PGR/MPU 633, de 10/12/2010, posto que a referida norma teve o condão de regulamentar o direito ao Adicional de Atividade Penosa apenas no âmbito do Ministério Público da União, assegurando a vantagem unicamente aos seus servidores, não alcançando, assim, os demais servidores públicos,

seja do Executivo ou do Judiciário, principalmente quando reconhecer a sua extensão implicaria em evidente inobservância do Enunciado da Súmula Vinculante 37/STF, pelo qual ‘não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia’. 7. Recurso especial não provido. (RESP 1.495.287, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, DJE DATA: 07/05/2015).

Destarte, resta evidente que o *decisum* questionado harmoniza-se com o entendimento perfilhado pela TNU e, também, pelo STJ, corte que detém a última palavra em matéria infraconstitucional.

Diante do exposto, *conheço e nego provimento* ao incidente de uniformização regional.

É como voto.

## Pedido de Uniformização de Jurisprudência 0002559-03.2013.4.01.4302/TO

Relator: Juiz Federal Guilherme Michelazzo Bueno  
 Relator p/ acórdão: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins  
 Recorrente: Eulina Pereira Bezerra  
 Advogados: Dra. Patrícia Grimm Bandeira e outro  
 Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS  
 Procuradora: Dra. Adriana Maia Venturini  
 Publicação: e-DJF1 de 1º/04/2016, p. 728

### Ementa

*Previdenciário. Processual Civil. Segurada especial. Prova produzida. Impossibilidade de a TRU modificar a data tida como provada de afastamento da segurada da área rural. Implemento dos requisitos legais para a concessão do benefício. Direito adquirido. Incidente de uniformização provido.*

I. Restando comprovado que a autora implementou todos os requisitos legais para requerer sua aposentadoria por idade, como segurada especial, em 1991, não a prejudica o fato de só ter requerido esse mesmo benefício em 26/03/2013.

II. Aplica-se ao caso o quanto decidido soberanamente no acórdão acerca dos fatos, ou seja, a autora trabalhou na área rural até o ano de 1993. Impossibilidade de modificação do quanto estabelecido como provado pela turma recursal (art. 14 da Lei 10.259/2001).

III. O fato de só ter requerido o benefício em 2013 não a prejudica, porquanto deve-se aplicar o quanto estabelecido no art. 102, § 1º, da Lei 8.213/1991, respeitando, assim, o direito adquirido ao benefício.

IV. Diante dessas considerações, voto por uniformizar o entendimento que *é possível o requerimento administrativo tardio do benefício previdenciário*, mesmo que nessa época o segurador já não mais possuísse essa qualidade, se, quando do preenchimento de todos os requisitos legais (*carência e idade*) a recorrente ainda era segurada.

V. Incidente de uniformização de jurisprudência conhecido e provido. Reforma do acórdão da turma recursal de origem.



## Acórdão

A Turma, *por maioria*, conheceu do incidente de uniformização de jurisprudência e, no mérito, *deu provimento* ao recurso.

Turma Regional de Uniformização – 23/10/2015.

Juiz Federal *Carlos Eduardo Castro Martins*, relator p/ acórdão.

## Relatório

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Guilherme Michelazzo Bueno*: — Trata-se de *incidente de uniformização de jurisprudência*, dirigido à turma regional, suscitado por *Eulina Pereira Bezerra* em face de acórdão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Tocantins, que ao negar provimento a recurso manteve a sentença de improcedência do pedido de concessão de benefício previdenciário de aposentadoria por idade para segurado especial, sob o fundamento de que o longo decurso de tempo de afastamento da autora do labor rural descaracteriza sua condição de segurada especial.

2. Alega a recorrente que o acordo recorrido diverge de paradigma do STJ e da Turma Recursal da Seção Judiciária do Mato Grosso quanto ao fato do afastamento do segurado do meio rural descaracterizar sua condição de segurada especial.

3. Afirma a recorrente que teve o benefício negado não obstante a legislação admita que, no exame do requisito carência, seja considerado o ano em que o segurado implementou as condições para a obtenção do benefício e, por outro lado, não reclama a lei que os requisitos necessários à concessão do benefício de aposentadoria sejam implementados de forma simultânea. Assinala, por fim, que a perda da condição de segurado não será considerada para a concessão da aposentadoria por idade desde que a pessoa conte com, no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data de requerimento do benefício (fls. 53-61).

4. Sem contrarrazões (fl. 68).

5. O incidente restou admitido pela decisão de fls. 69-69v.

6. É o relatório.

## Voto

O Exmo. Sr. Juiz Federal *Guilherme Michelazzo Bueno*: — 7. Na dicção do art. 14 da Lei Federal 10.259/2001 o incidente de uniformização de jurisprudência será cabível quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material

proferidas por turmas recursais na interpretação da lei, observada a necessária correspondência entre as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, caracterizando, assim, a similitude fático-jurídica entre os acórdãos dissonantes.

8. Assim, a função primordial da Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência é unificar entendimentos divergentes no tocante à interpretação de direito material entre acórdãos oriundos das turmas recursais integrantes dos Juizados Especiais Federais da 1ª Região.

9. No caso ora apresentado, a parte recorrente se insurge contra acórdão proferido pela Turma Recursal do Tocantins que ao examinar as provas dos autos manteve a sentença de improcedência do pedido de aposentadoria rural para segurado especial sob o entendimento de que, não obstante a demonstração de outros requisitos, o afastamento da autora do meio rural desde 1993, portanto, há mais de 20 anos, descaracteriza sua condição de segurada especial.

10. Por sua vez, em sentido oposto, assegura o paradigma que o afastamento das lides rurais e, em consequência, a perda da qualidade de segurado especial, não serão considerados para a concessão do benefício desde que o segurado conte com, no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento administrativo.

11. Percebe-se, de forma clara, que a questão de direito material a ser debatida nestes autos reside na possibilidade de concessão de benefício de aposentadoria por idade para segurado especial quando a parte requerente há muito se afastou do meio rural, não mais exercendo as atividades a ele relativas. *Em outras palavras, se a condição de segurada especial deve ser exigida ao tempo do requerimento administrativo.*

12. Não compartilho do entendimento lançado no acórdão paradigma, que aplica as disposições do art. 3ª, § 1º, da Lei 10.666/2003, especificamente no tocante à desnecessidade, para fins de concessão

de aposentadoria por idade para outros segurados que não o especial, de preenchimento simultâneo da carência e da qualidade de segurado, *verbis*:

Art. 3º A perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão das aposentadorias por tempo de contribuição e especial.

§ 1º Na hipótese de aposentadoria por idade, a perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão desse benefício, desde que o segurado conte com, no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento do benefício.

13. Isto porque, o art. 143 da Lei 8.213/1991, que estabeleceu regra transitória para a concessão de aposentadoria por idade em favor dos trabalhadores rurais enquadrados como especiais nestes termos, determinou que é devido o benefício desde que

[...] *comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontinua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício* [...] (grifei).

14. Assim, não comprovando atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo, não há que se falar na dissociação dos requisitos para a inativação, quais sejam a carência e a qualidade de segurada, como possibilitou a Lei 10.666/2003. Nesse sentido, já decidiu o STJ:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. REQUISITOS: IDADE E COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE AGRÍCOLA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. ARTS. 26, I, 39, I, E 143, TODOS DA LEI N. 8.213/1991. DISSOCIAÇÃO PREVISTA NO § 1º DO ART. 3º DA LEI N. 10.666/2003 DIRIGIDA AOS TRABALHADORES URBANOS. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO.

1. A Lei n. 8.213/1991, ao regulamentar o disposto no inc. I do art. 202 da redação original de nossa Carta Política, assegurou ao trabalhador rural denominado segurado especial o direito à aposentadoria quando atingida a idade de 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher (art. 48, § 1º).

2. Os rurícolas em atividade por ocasião da Lei de Benefícios, em 24 de julho de 1991, foram dispensados do recolhimento das contribuições relativas ao exercício do trabalho no campo, substituindo a carência pela comprovação do efetivo desempenho do labor agrícola (arts. 26, I e 39, I).

3. Se ao alcançar a faixa etária exigida no art. 48, § 1º, da Lei n. 8.213/91, o segurado especial deixar de exercer atividade como rurícola sem ter atendido a regra de carência, não fará jus à aposentação

rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito.

4. Caso os trabalhadores rurais não atendam à carência na forma especificada pelo art. 143, mas satisfaçam essa condição mediante o cômputo de períodos de contribuição em outras categorias, farão jus ao benefício ao completarem 65 anos de idade, se homem, e 60 anos, se mulher, conforme preceitua o § 3º do art. 48 da Lei de Benefícios, incluído pela Lei nº 11.718, de 2008.

5. Não se mostra possível conjugar de modo favorável ao trabalhador rural a norma do § 1º do art. 3º da Lei n. 10.666/2003, que permitiu a dissociação da comprovação dos requisitos para os benefícios que especificou: aposentadoria por contribuição, especial e por idade urbana, os quais pressupõem contribuição.

6. Incidente de uniformização desprovido.

(Pet 7.476/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 25/04/2011) grifei

15. Pelo exposto, considerando que para fins de concessão de aposentadoria por idade a segurado especial é necessário o preenchimento dos requisitos de carência e qualidade de segurado especial à época do requerimento administrativo, portanto, mostrando-se acertado o acórdão recorrido, voto pelo não provimento do incidente de uniformização.

16. É como voto.

## Voto Vencedor

### Relatório

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins: — Adoto o bem lançado relatório elaborado pelo relator originário, sem necessidade de transcrevê-lo.*

### Voto

*O Exmo. Sr. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins: — Ao contrário do relator a quem o processo foi originalmente distribuído, entendo que pode sim, o segurado especial, após ter preenchido os requisitos legais para a concessão do benefício, afastar-se do meio rural e, passado algum tempo, solicitar o seu benefício previdenciário.*

É assim é justamente em razão de o segurado já ter preenchido todos os requisitos necessários para o recebimento do seu benefício em momento anterior à solicitação, quando ainda ostentava a qualidade de

segurado especial. Essa é a dicção legal que se aplica ao caso, o art. 102, § 1º, da Lei 8.213/1991:

Art. 102. A perda da qualidade de segurado importa em caducidade dos direitos inerentes a essa qualidade.

§ 1º A perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

Ora, no presente caso, a autora nasceu em 23/06/1936, preenchendo o requisito etário em 1991, quando deveria demonstrar o exercício de atividade rural pelo prazo de carência de 60 (sessenta) meses, conforme o art 142 da Lei de Benefícios.

Há provas no processo de que viveu e teve seus filhos na zona rural do Município de Dianópolis (inicialmente pertencente ao Estado de Goiás, hoje Tocantins), apresentando farta prova documental acerca de sua residência em área rural (fls. 12-25). Recebe, outrossim, pensão por morte de seu marido, como segurado rural (fl. 27).

A prova, produzida em audiência, é categórica em afirmar que a autora teria exercido suas funções na área rural até 1993, quando se afastou do trabalho rurícola, sendo que esta Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência não pode modificar o quanto estabelecido como provado pela turma recursal, já que neste âmbito somente podem ser discutidas questões de direito material (art. 14, *caput*, da Lei 10.259/2001).

Conjugando toda a prova produzida com o direito material posto, temos que quando do preenchimento

do requisito etário, em junho de 1991, a autora já residia na área rural e lá trabalhava por período de tempo superior ao de carência legal para a concessão da aposentadoria, qual seja, 60 meses, à época.

Sendo assim, ela adquiriu o direito à aposentadoria, não lhe sendo oponível (a meu ver) e respeitando a honrosa posição defendida pelo ilustre relator de que, quando solicitou o seu benefício previdenciário ela já não mais possuía a qualidade de segurada especial.

Ora, a lei é clara, o art. 102, § 1º, da Lei 8.213/1991, concede aos segurados especiais o direito de requererem seus benefícios, após preenchidos todos os seus requisitos, ainda que, quando do requerimento, já não mais possuam a qualidade de segurados. Respeita-se, dessa forma, o direito adquirido que não foi exercido a tempo pelo segurado.

Não há sentido em negar-se um direito que já foi adquirido, *data venia*, sob o argumento de que quando ele foi requerido já se havia passado muito tempo e, então, já não mais poderia ser requerido, levando-se em conta a data do requerimento.

Pelo exposto, considerando que para fins de concessão de aposentadoria por idade a segurado especial é necessário o preenchimento dos requisitos de carência e qualidade de segurado especial à época em que implementados todos os requisitos, mostra-se equivocado o acórdão recorrido, no meu entender, motivo pelo qual *voto pelo provimento do incidente de uniformização*.

*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. Agravo de instrumento. Embargos infringentes. Cabimento. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Recebimento da inicial. Ausência de agente ou servidor público. Particular. Impossibilidade de prosseguimento da ACP. Recurso não provido.*

I. O Superior Tribunal de Justiça, atualmente e de forma reiterada, tem admitido a interposição de embargos infringentes contra acórdão não unânime proferido em sede de agravo de instrumento, quando houver julgamento de mérito.

II. Em sede de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, quanto ao recebimento da exordial, preconiza o art. 17, § 8º, da Lei 8.429/1992, com a redação dada pela MP 2.225-45/2001, que o magistrado somente poderá rejeitar a inicial se cabalmente demonstrada a improcedência da ação, a inexistência do ato de improbidade administrativa ou a inadequação da via eleita.

III. Embora os julgamentos realizados pelo Tribunal de Contas não vinculem as decisões do Poder Judiciário, não se podem ignorá-las, na medida em que as constatações levadas a efeito em sede de Tomada de Contas Especial podem subsidiar a busca pela elucidação das questões intrínsecas à situação fática *sub examine* judicial.

IV. *In casu*, o TCU reconheceu que o agravante, ora embargado, estava afastado da direção da Clínica Santa Terezinha Ltda., desde 1998, quando se desvinculou para exercer mandato eletivo, fato que implica no reconhecimento de sua não responsabilização pelos alegados atos ímprobos ocorridos naquela unidade hospitalar, entre os anos de 2001 a 2003, que constituem o objeto da Ação de Improbidade Administrativa 0005134-56.2009.4.01.4000, em trâmite no Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Piauí.

V. O agravante, ora embargado, para os efeitos da Lei 8.429/1992 — art. 2º —, não era, à época dos fatos, servidor público nem abrangido no conceito de agente público, não podendo, pois, integrar o polo passivo em sede de ação civil pública ajuizada para apurar o cometimento de ato de improbidade administrativa, haja vista que, legalmente, sua condição era de particular ou terceiro.

VI. “Os atos de improbidade administrativa somente podem ser praticados por agentes públicos, com ou sem a cooperação de terceiros, o que não é a hipótese dos autos, uma vez que a ação de improbidade foi ajuizada apenas em face de empresários. Inexistindo agente público no polo passivo da demanda, não há falar na prática de improbidade administrativa por particular, o que impõe a manutenção da sentença, com a extinção do feito sem resolução do mérito” (TRF1. Numeração única: 0002587-48.2006.4.01.3903; AC 2006.39.03. 002589-4/PA; Terceira Turma, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, *e-DJF1* de 20/09/2013, p. 308).

VII. Embargos infringentes da União não providos.

Embargos Infringentes 0018757-57.2012.4.01.0000/PI

Relator: Desembargador Federal Ney Bello – 2ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 15/03/2016, p. 45

*Processo Penal. Liminar em revisão criminal. Sentença penal condenatória. Efeito suspensivo. Ausência de previsão legal. Impossibilidade. Rediscussão da causa. Incursão em provas. Necessidade. Agravo regimental. Incerteza quanto ao direito de interposição. Supremo Tribunal Federal. Alteração de jurisprudência. Desnecessidade de trânsito em julgado da sentença penal condenatória para início do cumprimento da pena.*

I. Malgrado a concessão de liminar, em sede de revisão criminal, seja um tema discutível, à míngua de previsão legal, não se pode olvidar, especialmente no tocante à salvaguarda de urgência, do poder geral de cautela atribuído ao magistrado, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil, aplicável analogicamente ao processo de acordo com o art. 3º do Código de Processo Penal, e, sobretudo, ante a garantia expressa na Constituição Federal, de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça o direito.” (art. 5º, XXXV).



II. Só será concedida liminar, em sede de revisão criminal, excepcionalmente, nos casos em que a urgência, necessidade e relevância se apresentarem de forma indiscutível na própria inicial e nos elementos probatórios que a acompanharem, sem deixar margem a qualquer dúvida.

III. Não há que se conceder liminar em revisão criminal, quando as razões que a sustentam demandam incursão em provas.

IV. É absolutamente incerto o direito do condenado de interposição de agravo regimental contra um recurso — liminar em revisão criminal — sem previsão legal no ordenamento jurídico.

V. O Supremo Tribunal Federal, recentemente, alterou a própria jurisprudência para admitir que condenados em segundo grau, ou que tenham a sentença condenatória mantida em segundo grau, possam ser imediatamente levados à prisão, independentemente de trânsito em julgado da sentença, motivo ainda mais relevante para não conceder liminar em revisão criminal que intenta a suspensão do início do cumprimento da pena.

VI. Agravo regimental desprovido.

Revisão Criminal 0057120-11.2015.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Ney Bello – 2ª Seção

Publicação: *e-DJF1* de 15/03/2016, p. 53

*Previdenciário e Processual Civil. Pensão por morte. Não comprovada união estável. Valoração da prova. Diferença significativa de idade entre o falecido e a autora. Denegação do benefício. Sentença mantida.*

I. O benefício de pensão por morte pressupõe: a) óbito do instituidor que mantinha a condição de segurado; b) qualidade de dependente; e c) dependência econômica (art. 74 da Lei 8.213/1991).

II. Sendo incontroverso o óbito do instituidor, bem como sua qualidade de segurado, a questão trazida a julgamento cinge-se à verificação da existência — ou não — de união estável entre a autora e o *de cujus*.

III. Quando o instituidor da pensão já é consideravelmente idoso e a diferença de idade entre o alegado casal supera a casa dos trinta, mostra-se ainda mais relevante a juntada de robusta comprovação acerca da alegada união estável.

IV. No caso concreto, as provas produzidas, material e testemunhal, não lograram comprovar a condição da autora de companheira do *de cujus*.

V. Apelação da parte-autora a que se nega provimento.

Apelação Cível 0050774-97.2012.4.01.9199/MG

Relator: Juiz Federal Hermes Gomes Filho – 2ª Câmara Regional Previdenciária de Minas Gerais

Publicação: *e-DJF1* de 14/03/2016, p. 510

*Constitucional e Administrativo. Acumulação de proventos de duas aposentadorias, uma no âmbito do Distrito Federal e outra na esfera federal. Impossibilidade. Sentença mantida.*

I. Nos termos do art. 40, § 6º, da Constituição Federal e do art. 11 da Emenda Constitucional 20/1998, permite-se excepcionalmente aos servidores inativos que reingressaram no serviço público antes da EC 20/1998 a acumulação dos proventos de aposentadoria já recebida com o vencimento do cargo ativo. No entanto, a acumulação dos proventos da aposentadoria anterior com a aposentadoria deste novo cargo é vedada, mesmo em caso de regimes de previdência de entes distintos da Federação.

II. No caso dos autos se objetiva a percepção cumulativa de proventos de aposentadorias do Governo do Distrito Federal e da União, o que é impossível ante a vedação constitucional.

III. Apelação do autor desprovida.

Numeração única: 0018794-16.2005.4.01.3400

Apelação Cível 2005.34.00.018832-2/DF

Relator: Juiz Federal Wagner Mota Alves de Souza (convocado) – 1ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 07/04/2016, p. 224

*Administrativo. Servidor público federal civil. Ausência ao trabalho em virtude de recolhimento à prisão. Prisão temporária. Lei 7.960/1989. Ausência de previsão legal quanto ao enquadramento na hipótese de concessão de auxílio-reclusão à família. Situação imprevisível e inevitável. Caso fortuito ou força maior. Art. 44, parágrafo único, da Lei 8.112/1990. Ausência justificada sem perda de remuneração. Necessidade de compensação a critério da chefia imediata. Remessa oficial parcialmente provida.*

I. Com efeito, a legislação de regência, o estatuto dos servidores públicos civis da União (Lei 8.112/1990), muito embora tenha sido editada em momento posterior a 1989 (data da Lei 7.960/1989 — que dispõe sobre o instituto da prisão temporária), não previu, em seu art. 229, o benefício previdenciário de auxílio-reclusão aos dependentes do servidor que se ausentou do trabalho em virtude de ter sido preso temporariamente, limitando-se a proteger a família do servidor preso em flagrante, preventiva ou definitivamente. O silêncio do legislador, neste ponto, é do tipo eloquente, a apartar o enquadramento, ainda que por analogia quanto ao regramento do Regime Geral de Previdência Social, do afastamento do trabalho efetivamente ocorrido, como sendo uma daquelas hipóteses ensejadoras do benefício de auxílio-reclusão.

II. Ademais, o argumento do Incra, no sentido de que se aplicaria o disposto no Regime Geral de Previdência Social por força do que dispõe o art. 13 da Emenda Constitucional 20/1998 c/c art. 229 da Lei 8.112/1990, não merece guarida, porquanto não é isso o que se denota da interpretação dos referidos dispositivos. O que o art. 13 da EC 20/1998 normatiza é uma disciplina provisória ao instituto do auxílio-reclusão, aplicando-se, para sua concessão, os requisitos legais do RGPS, mas não estendendo ao preso temporariamente a cobertura securitária dada ao preso em flagrante, preventiva e definitivamente.

III. Não se pode, a exemplo da manifestação do MPF, aplicar analogia *in mallan partem*, prejudicando o servidor sob o pretexto de ser analogia benéfica. No conflito de interesses trazido a juízo, resta claro o prejuízo a ser sofrido pelo servidor.

IV. De mais a mais, cabe salientar, por oportuno, que o princípio da legalidade, quando considerado na seara do Direito Administrativo, traduz vedação à Administração de praticar atos administrativos sem prévia autorização legal (ao contrário da perspectiva individual, segundo a qual o princípio da legalidade importa em liberdade de agir caso a lei não proíba determinada conduta). Portanto, se a lei não previu que a prisão temporária do servidor público federal dá ensejo à percepção, por sua família, do benefício de auxílio-reclusão, tal não poderá ser a posição adotada.

V. Por outro lado, veja-se a previsão do art. 44, inciso I da Lei 8.112/1990, segundo a qual o servidor perderá “a remuneração do dia em que faltar ao serviço, sem motivo justificado”, significando, a *contrario sensu*, que se houver motivo justificado não será descontada a remuneração. Mais ainda, o parágrafo único do art. 44, segundo o qual “as faltas justificadas decorrentes de caso fortuito ou de força maior poderão ser compensadas a critério da chefia imediata, sendo assim consideradas como efetivo exercício”, está a indicar que o rol das hipóteses de faltas justificadas não é taxativo, mas comporta a inclusão de situações não previstas em lei, como por exemplo a prisão temporária. Em verdade, tendo em vista que a prisão temporária se encaixa no conceito de evento imprevisível e inevitável, numa linha de causalidade direta, seria o caso, então, de enquadrar a situação naquela em que o servidor poderá, a critério da chefia imediata, compensar as faltas decorrentes de sua prisão temporária.

VI. Posta a questão nestes termos, corroborando com o parecer ministerial (fl. 200), as faltas do apelado se enquadram na previsão contida no parágrafo único do art. 44 da Lei 8.112/1990 (faltas justificadas por motivo de caso fortuito ou força maior), razão pela qual nego provimento à apelação do Incra e dou parcial provimento à remessa oficial apenas para, mantendo a concessão da segurança vindicada, determinar à autoridade coatora que aplique o disposto no parágrafo único do art. 44 da Lei 8.112/1990, de modo a somente realizar o desconto em folha de pagamento dos dias em que o impetrante se ausentou ao trabalho devido à sua prisão temporária caso se negue a compensar suas faltas, repondo as horas devidas, conforme critério a ser definido pela chefia imediata.

VII. Apelação a que se nega provimento e remessa oficial a que se dá parcial provimento.

Numeração única: 0039261-45.2007.4.01.3400

Apelação Cível 2007.34.00.039488-7/DF

Relator: Juiz Federal Wagner Mota Alves de Souza (convocado) – 1ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 07/04/2016, p. 299

*Processual Civil e Previdenciário. Pensão por morte. Menor sob guarda judicial. Equiparação a filho. Dependente presumido. Inconstitucionalidade da exclusão. Precedente da Corte Especial do TRF1. Juros e correção.*

I. O STJ já se pronunciou pela manutenção do menor sob guarda judicial no rol dos dependentes do segurado, assim como a Corte Especial do Tribunal Regional Federal, que declarou a inconstitucionalidade da Lei 9.528/1997, em relação à supressão do menor sob guarda judicial do rol de dependentes do segurado para fins de obtenção de pensão por morte.

II. Desnecessária a comprovação de dependência econômica do menor sob guarda, por não ser exigida na redação original do art. 16, § 2º, da Lei 8.213/1991, em virtude do efeito repristinatório conferido pela declaração de inconstitucionalidade acima mencionada.

III. O fato de estar o autor sob a guarda de sua avó materna quando do falecimento da segurada lhe outorga o direito a receber a pensão previdenciária por morte da guardiã.

IV. Início do benefício na data do requerimento administrativo. Não se aplica ao Direito Previdenciário a redução da maioria civil, prevista no novo Código Civil, nem a extensão até 24 anos para filho universitário, solução aplicável apenas às pensões alimentícias, decorrentes de regras do Direito de Família.

V. Quanto aos atrasados, os juros e a correção monetária devem observar os percentuais e índices previstos para causas previdenciárias no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

VI. Nos feitos processados perante a Justiça Estadual, o INSS é isento do pagamento de custas (inclusive despesas com oficial de justiça) nos Estados de Minas Gerais, Goiás, Rondônia, Mato Grosso e Piauí.

VII. Apelação e remessa oficial improvidas.

Apelação/Reexame Necessário 0020672-92.2012.4.01.9199/MG

Relator: Juiz Federal Emmanuel Mascena de Medeiros (convocado) – 1ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 07/04/2016, p. 501

*Processual Civil e Constitucional. Empresa pública. Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais – CPRM. Ascensão funcional. Reenquadramento. Competência absoluta da Justiça do Trabalho. Sentença proferida após a Emenda Constitucional 45/2004. Nulidade.*

I. À luz do art. 475, I, está sujeito ao duplo grau de jurisdição a sentença proferida contra a União, o estado, o DF, o município e as respectivas autarquias e fundação de direito público, não se enquadrando na norma excepcionalizante (de interpretação restritiva) as empresas públicas.

II. Com a promulgação da EC 45/2004, em 30/12/2004, estabeleceu-se a competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações oriundas das relações de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da Administração Pública direta e indireta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

III. Nula a sentença prolatada após a vigência da EC 45/2004, em que apreciada matéria de competência da Justiça do Trabalho. Precedentes.

IV. Apelação provida: determinada a remessa do feito a uma das varas da Justiça do Trabalho em Brasília/DF. Remessa oficial de que não se conhece.

Numeração única: 0001404-04.2003.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2003.34.00.001386-9/DF

Relator: Desembargador Federal Candido Moraes – 2ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 16/03/2016, p. 1.320

*Administrativo. Servidor público federal. Deslocamento entre universidades. Motivo de saúde. Hipótese de redistribuição. Art. 37 da Lei 8.112/1990. Ato discricionário. Sentença de improcedência mantida.*

I. Hipótese em que o impetrante pretende, por motivo de saúde de dependente, obter remoção do quadro de servidores da Universidade Federal de Mato Grosso para o da Universidade Federal de Santa Catarina, com o objetivo de proporcionar tratamento médico para sua filha.

II. O instituto da remoção, nos moldes do art. 36, *caput*, da Lei 8.112/1990, consiste no deslocamento do servidor, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

III. Entre universidades, sendo elas instituições autônomas e com quadro próprio de servidores, não se mostra cabível o instituto de remoção, mas sim o de redistribuição, incidindo, por consequência, a norma prevista no art. 37 da Lei 8.112/1990, observados os preceitos constantes nos respectivos incisos, dentre eles, o interesse da Administração.

IV. Não é dado ao Poder Judiciário imiscuir-se nas decisões administrativas relacionadas ao instituto da redistribuição, pois prevalecem os critérios de conveniência e oportunidade, restringindo sua atuação tão somente ao exame da legalidade do ato administrativo.

V. Apelação desprovida.

Apelação Cível 0013919-04.2013.4.01.3600/MT

Relator: Desembargador Federal João Luiz de Sousa – 2ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 18/04/2016, p. 1.678

*Penal. Processual Penal. Estelionato privilegiado contra o Ministério do Trabalho e Emprego – MTE. Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – Peti. CP, art. 171, § 3º. Materialidade e autoria demonstradas. Ausência do elemento subjetivo do tipo penal. Demonstrados. Confissão espontânea na fase inquisitorial em conformidade com os demais elementos probatórios. Manutenção da condenação. Dosimetria da pena. Utilização da atenuante da confissão parcial para embasar a sentença condenatória. Compensação com a agravante da reincidência. Manutenção do quantum da pena de multa. Recurso não provido.*

I. A condenação pelo crime de estelionato deve ser alicerçada em prova robusta de que o réu agiu com vontade de praticar a conduta, exigindo-se a comprovação da vontade livre e consciente de obter a vantagem ilícita para si ou para outrem, não sendo suficientes meras presunções ou suspeitas.

II. Na espécie, não obstante demonstradas a materialidade e a autoria delitiva, não há nos autos elementos que apontem terem as acusadas agido com a intenção de obterem, “para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.”

III. O Governo repassava diretamente aos beneficiários os recursos do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – Peti, sendo responsabilidade da prefeitura municipal efetuar a devida prestação de contas, e às acusadas cabia tão somente o cadastramento dos beneficiários. Fato confirmado *em juízo* pelas próprias recorridas.

IV. As acusadas agiram com imprudência ou negligência quando da inscrição dos beneficiários do programa, não restando demonstrado qualquer ligação entre elas e os que perceberam a vantagem econômica, de modo a justificar a vontade consciente de produzir o favorecimento, e bem assim a responsabilidade pela prática do delito em análise.

V. Também com relação às acusadas, mães/representantes dos beneficiários, pessoas humildes e de pouca instrução, não há nos autos elementos probatórios aptos e suficientes a fundamentar que cometeram o ilícito de induzir em erro agentes responsáveis pela análise dos requisitos para o cadastramento dos beneficiários, tão somente limitaram-se a prestar declarações corretas sobre a situação de suas famílias no momento do cadastro, e tanto o fizeram que, posteriormente, os responsáveis pelo programa no mencionado município puderam perceber os erros na concessão dos benefícios, razão pela qual retiraram as crianças do programa. É o que se constata dos depoimentos em sede policial e ratificados em juízo.

VI. No Processo Penal não basta a mera alegação contrária ao teor da imputação contra si formulada, faz-se necessário demonstrá-la com base nos elementos probatórios constantes dos autos. Dessa forma, o ônus da prova nada mais é senão o encargo que compete à parte que fizer a alegação, de demonstrá-la.

VII. Manutenção da absolvição das acusadas, mantida a r. sentença recorrida.

VIII. Recurso de apelação não provido.

Apelação Criminal 0007474-36.2010.4.01.4000/PI

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro – 3ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 31/03/2016, p. 1.395

*Penal. Processual Penal. Crime do art. 121, § 2º, IV, segunda figura, do Código Penal. Recurso em sentido estrito. Crime praticado por indígena: competência da Justiça Federal. Sentença de pronúncia. Certeza da existência do crime. Índícios de autoria. Preliminar de cerceamento de defesa. Ausência de oitiva de testemunha. Nulidade não caracterizada. Absolvição sumária. Impossibilidade. Inoportuna a desclassificação para homicídio simples. Recurso desprovido.*

I. O réu teve ciência da tentativa frustrada da oitiva da testemunha por ele arrolada e não diligenciou no sentido de apresentar novo endereço, embora tenha se manifestado inúmeras vezes nos autos após a juntada da precatória, sendo certo que a defesa não demonstrou eventual prejuízo pelo pronunciado, o que torna impossibilitada a decretação da nulidade arguida, na forma do art. 563 do CPP.

II. Na fase da pronúncia, ao invés de princípio *in dubio pro reo*, incide o *in dubio pro societate*, onde se têm como suficientes a prova da materialidade delitiva e os indícios bastantes da autoria para determinar a submissão do paciente ao julgamento popular.

III. Inoportuna a desclassificação da acusação para homicídio simples, na medida em que as provas existentes nos autos, em especial aquela extraída do depoimento de testemunha, revelam que o crime teria sido cometido sob emboscada (CP: art. 121, § 2º, inciso IV, segunda figura).

IV. Recurso improvido.

Numeração única: 0001903-54.2009.4.01.3310

Recurso em Sentido Estrito 2009.33.10.001139-5/BA

Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz – 4ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 05/04/2016, p. 713

*Administrativo. Autuação e multa. Posto de combustíveis. Diferença de quantidade entre o indicado na bomba e o efetivamente fornecido ao consumidor. Portaria Inmetro 23/1985. Legalidade e tipicidade. Apelação desprovida.*

I. Discute-se nos autos a legalidade de autuação lavrada por fiscais do Inmetro contra posto de serviços decorrente da apuração de que o quantitativo indicado na bomba de combustível não correspondia ao efetivamente fornecido ao consumidor. Sustenta-se afronta ao princípio da legalidade na imposição de multa com base em portaria e ausência de tipicidade para a conduta imputada. A sentença, de improcedência, manteve íntegra a autuação havida.

II. No julgamento do tema 200 de seus recursos repetitivos, o STJ, sob a relatoria da Ministra Eliana Calmon, firmou a tese: “2. *Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais. Precedentes do STJ. 3. Essa sistemática normativa tem como objetivo maior o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de consumo, dando aplicabilidade a ratio do Código de Defesa do Consumidor e efetividade à chamada Teoria da Qualidade*” (REsp 1.102.578/MG).

III. Do ordenamento jurídico vigente é possível aferir a legalidade das autuações do Inmetro com base em atos normativos por ele próprio e pelo Conmetro editados. A Lei 9.933/1999 confere competência ao Inmetro para editar regulamentos técnicos na área de metrologia relativamente às quantidades com que os produtos são comercializados, bem como define as infrações administrativas (à própria lei e aos atos normativos do Inmetro e do Conmetro), respectivas penas e suas graduações. Já a Lei 5.966/1973 estabelece as competências do Conmetro e as penalidades passíveis de serem aplicadas aos infratores.

IV. Autuada por entregar combustível em quantidade aquém do limite tolerado pelo subitem 11.2.1 das instruções baixadas pela Portaria Inmetro 23/1985, resulta típica a conduta flagrada, justificando a imposição das penas previstas.

V. Apelação desprovida. Sentença mantida.

Numeração única: 0034311-27.2006.4.01.3400

Apelação Cível 2006.34.00.035316-1/DF

Relator: Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho (convocado) – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 1º/03/2016, p. 645



*Constitucional e Administrativo. Ensino. Concurso público. Contratação de professor estrangeiro. Naturalizado. Requerimento anterior à contratação. Liminar deferida. Sentença de procedência. Autonomia didático-científica das universidades. Temperamento. Direito à educação. Situação de fato consolidada.*

I. O autor é chileno e ingressou com pedido de naturalização em 02/04/2007.

II. Foi aprovado em primeiro lugar em concurso público para provimento de cargo de professor de Geografia do Cefet – GO, regido pelo Edital 10/2008, de 14/05/2008.

III. Não foi contratado em razão de falta de prova de nacionalidade brasileira para ser investido no cargo público, uma vez que ainda não havia sido expedido o certificado de naturalização.

IV. O requerimento de aquisição da nacionalidade brasileira, previsto na alínea *b* do inciso II do art. 12 da Constituição Federal é documento suficiente para viabilizar a posse em cargo público ou a contratação para emprego público.

V. “A Portaria de formal reconhecimento da naturalização, expedida pelo Ministro de Estado da Justiça, é de caráter meramente declaratório. Pelo que seus efeitos não retroagem à data do requerimento do interessado. Recurso extraordinário a que se nega provimento.” (RE 264848/TO, Primeira Turma, Ministro Carlos Britto, 14/10/2005, p. 12.)

VI. Portanto, por ocasião da convocação o autor não poderia mais ser considerado estrangeiro, mas brasileiro naturalizado.

VII. Não obstante se reconheça a legitimidade da adoção de critérios para a seleção e contratação de professores, técnicos e cientistas estrangeiros, em homenagem à autonomia didático-científica conferida às universidades pelo *caput* do art. 207 da Constituição Federal, e estendida pelo § 2º às instituições de pesquisa científica e tecnológica, tal regra não é absoluta e deve observar certa flexibilidade, como no caso, em que o autor já implementara as condições para obtenção da naturalidade brasileira, já houvera providenciado a requisição pertinente e apenas aguardava o certificado declaratório desta condição.

VIII. Apelação a que se nega provimento. Sentença mantida.

Numeração única: 0018404-32.2008.4.01.3500

Apelação/Reexame Necessário 2008.35.00.018574-1/GO

Relatora: Juíza Federal Maria Cecília de Marco Rocha (convocada) – 5ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 25/02/2016, p. 575

*Ação de indenização por danos materiais e morais. Permissionária de serviço de loterias. Pagamento efetuado por terceiro interessado. Sub-rogação. Legitimidade ativa. Empréstimos. Alegação de nulidade (ausência de eficácia). Mandato. Excesso de poder. Pagamento. Ratificação. Vício de vontade. Ausência de comprovação. Danos causados por omissão da CEF na fiscalização de funcionamento. Não ocorrência. Apelação da CEF provida. Recurso adesivo dos autores prejudicado.*

I. Na sentença, a Caixa Econômica Federal (CEF) foi condenada a indenizar os autores por danos materiais e morais, decorrentes de celebração e cobrança de empréstimos contratos por procurador sem poderes para tal e de omissão na fiscalização do funcionamento da agência lotérica.

II. Tendo os autores, únicos sócios da empresa, efetuado o pagamento dos débitos cobrados pela CEF, têm legitimidade para a ação indenizatória, conforme arts. 304 e 346 do Código Civil.

III. Partindo do pressuposto de que a mandante, por seus sócios, acompanhava diligentemente a gestão do negócio e de que o mandatário a mantinha devidamente informada sobre a gerência, é contraditória a alegação de que os empréstimos somente foram *descobertos* quando da suspensão das atividades da lotérica.

IV. Há que se concluir que os autores, únicos sócios da lotérica, foram tomando conhecimento de um a um dos empréstimos. A quitação dos empréstimos, então, é ato inequívoco de ratificação dos atos praticados pelo mandatário com alegado excesso de poderes (REsp 960.075/MS).

V. Não foi trazida prova de que o pagamento dos débitos tenha sido efetuado sob coação. Ao contrário, os documentos juntados dão conta de que a CEF não desbordou dos regulares limites de uma cobrança ordinária de débitos.

VI. Mesmo a alegação de excesso de poderes é frágil. De acordo com os autos, os empréstimos foram contratados para fazer frente a necessidade de caixa da lotérica. Isso quer dizer que, sem o reforço de caixa, o funcionamento da lotérica poderia ser comprometido. Os empréstimos podem, assim, ser considerados atos “anexos ou consequentes” da administração, necessários, justamente, ao êxito dessa gestão.

VII. O comportamento da mandante e do mandatário conduz à conclusão de que a(s) procuração(ões) outorgada(s) tinha(m) mesmo por finalidade a prática de todos “os atos relativos à gerência comum dos negócios e todos quantos lhe sejam anexos ou consequentes”.

VIII. Não há se falar em nulidade dos empréstimos contraídos por Castro Santos e Cia. Ltda., representada por procurador, junto à Caixa Econômica Federal. Inexiste, pois, dever de indenizar da CEF, no ponto.

IX. Os autores alegam, ainda, que a CEF causou-lhes prejuízos financeiros, porque, negligenciando seu dever de fiscalização, permitiu que a lotérica funcionasse por três dias sem prestar contas. Se o funcionamento da lotérica tivesse sido suspenso no primeiro dia de ausência de prestação de contas, os prejuízos seriam reduzidos em 2/3 (dois terços).

X. Se a gestão não fosse deficiente, ainda que a CEF tivesse falhado na fiscalização, o dano não teria ocorrido. Haveria que se considerar, no mínimo, que vítima e ofensor laboraram na produção do dano. Sendo hipótese de culpa concorrente, haveria que se perquirir sobre redução proporcional do quanto indenizatório.

XI. Na verdade, não há dano que possa ser imputado à CEF, ainda que por conduta omissiva. O regulamento não prevê que a instituição financeira deva suspender o funcionamento da lotérica por um único dia de falha na prestação de contas. Seria, na verdade, um contrassenso que o regulamento determinasse a suspensão em tais termos. É necessário sempre ter presente que a permissão, no caso, é um negócio, sujeito, pois, à dinâmica das atividades comerciais. Parece óbvio que a CEF deva ter uma margem de discricionariedade quanto ao momento de aplicar a sanção preventiva de suspensão das atividades.

XII. Por fim, os autores alegam prejuízo, decorrente da negligência da CEF em promover a atualização do cadastro da lotérica. Mesmo após terem alienado suas quotas, ainda receberam cobrança. A CEF justificou que houve somente um equívoco, corrigido a tempo de evitar a consolidação de qualquer prejuízo. De fato, não há nos autos prova de que o erro tenha repercutido na esfera jurídica dos autores, podendo ser considerado um mero dissabor, próprio à dinâmica social daqueles que se dispõem a empreender.

XIII. Afastada, pois, a alegada ilicitude na atuação da CEF, fica sem baldrame, também, a pretensão de indenização por danos morais.

XIV. Apelação da CEF provida.

XV. Recurso adesivo dos autores, em que se pretendia a reforma da sentença para condenar a CEF a pagar em dobro o quanto despendido pelos autores e a indenizá-los pelo prejuízo na alienação das quotas sociais da lotérica, prejudicado.

Apelação Cível 0011834-70.2012.4.01.3700/MA

Relatora: Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (convocada) – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 15/03/2016, p. 905

*Hospital privado. Serviço público não privativo. Simples autorização do Poder Público. Mau funcionamento. Intervenção. Impossibilidade, salvo desapropriação. ACP da União. Indeferimento do pedido. Apelação. Desprovemento.*

I. Trata-se de ação civil pública intentada pela União em face de Organização Psiquiátrica Ltda. – Hospital Prontamente com a finalidade, imediata e definitiva, de “nomeação da psicóloga Rita de Cássia Santana e Silva funcionária do Prontamente, CRP 10.347 e Carteira de Identidade M1190370 – SSP/MG, em sede de tutela antecipada, como Interventora no Hospital Prontamente, conferindo-lhe poderes integrais de administração da instituição, podendo efetuar compras, contratar obras e gerir receitas até final solução dos problemas verificados”. Na sentença, foi rejeitado o pedido.

II. A sentença está baseada em que, “a despeito da necessidade de se dar continuidade à prestação de serviços de assistência à saúde, não há base legal para acolher a pretensão da União de comandar o Hospital Prontamente,

nem de mudar a forma como ele atua, uma sociedade hospitalar privada, já descredenciada pelo SUS". É citada manifestação do Ministério Público Federal, naquela instância, no sentido de que inexistente "na legislação pátria qualquer dispositivo normativo que autoriza a União, ou mesmo o Poder Judiciário, a impor a alguma empresa particular um gestor de sua preferência. O caso em comento, afastadas as circunstâncias meramente formais, traduz-se em verdade numa tentativa de expropriação de bem privado para ficar à disposição de um serviço público".

III. O serviço de saúde — da mesma forma que os serviços de educação, previdência e assistência social — é serviço público não privativo, simplesmente autorizado a entidades privadas. Não se trata, como quer a apelante, de serviço concedido, de modo que não pode ser encampado pela União. À União só assiste a possibilidade, no exercício da polícia administrativa, de fiscalizar-lhe a prestação, impondo as sanções de polícia legalmente previstas.

IV. Não há possibilidade de intervenção pura e simples. A assunção da empresa, pela União, configura desapropriação, que exige devido processo legal.

V. Negado provimento à apelação.

Numeração única: 0001757-79.2006.4.01.3807

Apelação Cível 2006.38.07.001802-5/MG

Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 05/04/2016, p. 897

*Viagem do Papa Francisco ao Brasil. Despesas com sua recepção. Custeio por entes públicos. Ação popular. Inépcia da inicial. Indeferimento. Apelação. Negativa de provimento.*

I. Trata-se de ação popular intentada por Eurípedes José de Farias em face da União com a finalidade: a) em liminar, "de que seja a União obrigada a não repassar ou fazer quaisquer despesas com os líderes religiosos do Vaticano senhor Francisco, Papa e sua comitiva ou qualquer outro religioso. E que o senhor papa Francisco fique obrigado a devolver aos cofres públicos da União com juros e correção monetária tudo que já foi gasto ou venha gastar nesta sua viagem titulada peregrinação evangelizadora dos jovens brasileiros. Valores que ultrapassam os R\$ 118.000.000,00 (cento e dezoito milhões de reais)"; b) "a confirmação da medida liminar nos mesmos termos em que requeridos no item anterior, com posterior sentença de mérito que declare a ilegalidade e/ou abusividade e/ou imoralidade do ato, declarando a inconstitucionalidade da expressão nos termos da Lei Promulgada n. 4.429/2004" (sic).

II. Na sentença, foi indeferida a inicial e julgado extinto o processo sem resolução de mérito (art. 267, VI, c/c art. 295 do Código de Processo Civil).

III. Sentença fundamentada em que "a inicial está instruída com uma única notícia de jornal. [...] além disso, não analisa criteriosamente os concretos fatos e gastos que teriam sido utilizados para a visita do papa Francisco ao Brasil, limitando-se a afirmar, genericamente, que os gastos são 'astronômicos'. Por outro lado, a ação foi ajuizada somente contra a União, quando a própria inicial diz que os gastos envolvem verba federal, estadual e municipal. O autor não separa quais gastos teriam sido da Igreja, quais teriam sido da União e quais teriam sido dos estados e municípios que receberam a visita. O autor, aliás, pede que o papa Francisco devolva o dinheiro público que foi gasto na viagem, sem, igualmente, pedir sua citação ou a citação do Estado do Vaticano".

IV. Apenas "aproveitando o ensejo", acrescentou o juiz: "[...] noto que o papa, além de chefe da Igreja Católica, é chefe do Estado do Vaticano, o que implica dizer que sua visita foi também uma visita de chefe de Estado, a justificar, quando menos, os gastos necessários para garantir sua segurança e de sua comitiva". Conclui: "De todo modo, fato é que a inicial é genérica e não está instruída com documentação mínima que justifique o prosseguimento da ação". Não houve, pois, efetivamente, julgamento de mérito.

V. O Ministério Público Federal entende que "não se encontra claramente definido o ato a impugnar ou a irregularidade imputada, além do que o polo passivo está composto em total desconformidade com os termos do art. 6º da lei n. 4.717/65. Em verdade, o que se apresenta, à guisa de inicial, são imputações genéricas, sem indicação de responsabilidade ou vinculação a atos administrativos específicos, totalmente desacompanhadas de documentos, e sem a necessária indicação de meios e modos para formação probatória".

VI. Verifica-se, além de tudo, que o autor requer "o senhor papa Francisco fique obrigado a devolver aos cofres públicos da União com juros e correção monetária tudo que já foi gasto ou venha gastar nesta sua viagem titulada

peregrinação evangelizadora dos jovens brasileiros”. Esse pedido implicaria citação do Estado do Vaticano, caso em que, da sentença, cabível seria o recurso ordinário previsto no art. 105, II, c, da Constituição, para o Superior Tribunal de Justiça.

VII. Negado provimento à apelação.

Apelação/Reexame Necessário 0038730-46.2013.4.01.3400/DF  
Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira – 5ª Turma  
Publicação: e-DJF1 de 05/04/2016, p. 934

*Processual Civil. Embargos à execução. Ação de depósito. Devolução de cabeças de gado apreendidas pelo Ibama. Liquidação de sentença. Progressão do rebanho. Descabimento.*

I. Como é cediço, liquidação de sentença consiste no ato preliminar da execução de *sentença ilíquida*, que tem por fim apurar a quantidade certa do valor da condenação. Pode ser realizada por meio de cálculo aritmético, que será apresentado pelo próprio credor para cumprimento da sentença; por arbitramento, quando determinado pela sentença ou convencionado pelas partes, ou nos casos em que a natureza do objeto o exigir, podendo ser efetuada apenas por perito com conhecimento técnico; e por artigos, quando, para apurar o valor da condenação, há necessidade de alegar e provar fato novo.

II. Segundo o disposto no art. 219 do CPC, “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”.

III. Além desses, como se sabe, “outros efeitos lhe seguem como a *vedação à adição ao pedido e à causa de pedir* (art. 294, CPC), a *proibição de alteração, sem o consentimento do demandado, do pedido ou da causa de pedir* (art. 264, CPC), a vedação de sucessão das partes, salvo nos casos permitidos em lei (art. 41, CPC) e a *fixação do estado da lide*, cuja mudança pode dar lugar à ação de atentado (art. 879, CPC)” (MARINONI, Luiz Guilherme, Código de Processo Civil comentado artigo por artigo, 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 225).

IV. No caso, a embargada, ora apelante, ajuizou ação de depósito contra o Ibama com o objetivo de compelir o réu a lhe entregar oito vacas e um boi que foram apreendidos em decorrência de auto de infração, posteriormente anulado na via administrativa, com todos os seus frutos, depositá-los em juízo ou consignar o equivalente em dinheiro, conforme laudo técnico juntado à petição inicial.

V. O referido laudo técnico, que não foi contestado pelo Ibama, estimou a projeção do rebanho durante os 7 anos em que ficou depositado, a partir da data da apreensão, em 26/08/1991, até o dia 26/08/1998, data da elaboração do laudo, onde restou apurado um total de 28 semoventes.

VI. Ao promover a execução do julgado, a autora apresentou ao juízo da execução um novo laudo técnico, consignando a evolução do rebanho bovino apreendido desde a data da propositura da ação (26/08/1998) até 26/02/2011, onde restou apurado um total de 330 cabeças de gado.

VII. Tendo a embargada delimitado o objeto da ação de depósito em 28 semoventes, correta sentença recorrida que julgou procedentes os embargos à execução opostos pelo Ibama, com fundamento em excesso de execução, tendo em vista que o título executivo judicial determinou que o laudo apresentado junto à inicial da ação de depósito deveria ser a base de cálculo para a atualização do débito exequendo, já que não foi devolvido nenhum semovente apreendido pelo Ibama, para fins de abatimento.

VIII. Conforme acertadamente consignado na sentença apelada, “se a parte embargada pretendia que no título exequendo fosse considerada “progressão do rebanho”, deveria ter interposto recurso cabível na época da prolação da sentença”, não havendo que falar, portanto, “em aplicação de cálculos considerando a progressão do rebanho”.

IX. Ao contrário do alegado pela apelante, o embargante não descumpriu o § 5º do art. 739-A ou o art. 475-J do CPC, tendo em vista que o parecer técnico juntado à inicial dos presentes embargos à execução serviu ao propósito de fundamentar o excesso de execução, declarou o valor que entendia correto e apresentou a memória de cálculo.

X. Apelação a que se nega provimento.

Apelação Cível 0000075-03.2012.4.01.3800/MG  
Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes – 5ª Turma  
Publicação: e-DJF1 de 08/04/2016, p. 233

*Agravo de instrumento. Ação cautelar preparatória de ação civil pública. Pirâmide financeira. Possibilidade de continuidade da parcela de atividades empresariais da agravante considerada lícita. Movimentações de ativos financeiros sujeitas a condições. Pedido de liberação de valores para aquisição de rastreadores e pagamento de débitos tributários, verbas trabalhistas, despesas correntes e locação de imóveis. Agravo parcialmente provido.*

I. No caso, apenas parte das atividades empresarias discutidas possuem características de “pirâmide financeira”, não sendo razoável exigir-se, em sede de cognição sumária, o encerramento da totalidade das atividades da empresa, em desestimo à continuidade da atividade empresarial e à geração e circulação de riquezas dela advinda.

II. Todavia, seguindo o entendimento já adotado no Mandado de Segurança 0064135.02-2013.4.01.0000/GO, que também trata sobre o caso, o desbloqueio de valores para o exercício das atividades lícitas da agravante fica condicionado à comprovação dos gastos com verbas trabalhistas, débitos tributários, despesas correntes, inclusive dos custos com compra e manutenção de rastreadores. Além disso, o levantamento de valores fica autorizado apenas para os débitos existentes até 5 de julho de 2013 (data em que foi concedida a liminar na Medida Cautelar 17371-31.2013.4.01.3500/GO) ou para pagamentos continuados.

III. A agravante solicitou a liberação de R\$ 203.208.260.57 (duzentos e três milhões, duzentos e oito mil, duzentos e sessenta reais e cinquenta e sete centavos) para aquisição de rastreadores e pagamento de débitos tributários, verbas trabalhistas, despesas correntes e locação de imóveis, o que foi negado pelo juízo de base.

IV. Em relação à liberação de valores para pagamento de tributos, não há razão para que se deixe de efetuar o pagamento de débitos tributários certos e exigíveis, já que a transferência de valores ocorrerá diretamente para a União, não havendo o risco de que tais quantias sejam utilizadas para despesas/fins não autorizados.

V. Quanto ao pedido de movimentação financeira para pagamento de despesas continuadas, inexistem elementos seguros que apontem para a existência de dívida continuada, seja com aluguéis, seja com custos de plataformas de sinais, pelo que fica obstada a liberação de valores.

VI. No ponto referente à aquisição de rastreadores, a despeito das especificações dos contratos e dos clientes estarem suficientemente claras, não se pode admitir a existência de contratos posteriores a 5 de julho 2013, em evidente afronta à decisão proferida no MS 0064135-02.2013.4.01.0000. Somente após a apresentação de uma lista correta, constando apenas os contratos anteriores à citada data, é que deve ser deferido o pedido.

VII. Além disso, há que ser exigida a comprovação de entrega dos valores da compra diretamente aos fornecedores de rastreadores, bem como a juntada posterior dos termos de entrega a cada um dos clientes.

VIII. É prudente limitar a compra de aparelhos ao número de um por cliente pessoa física, posto que, ordinariamente, este adquire o produto para veículo de uso pessoal. No que tange aos clientes pessoas jurídicas, embora seja razoável a compra de mais rastreador por CNPJ, a fim de resguardar a regularidade e transparência das contratações, devem estes contratos ser relacionados em lista separada e identificados os veículos da frota da empresa nos quais será utilizado o sistema de rastreamento.

IX. Em relação ao pedido de liberação de valores para pagamento de verbas trabalhistas, após apresentada uma lista correta das dívidas existentes até 05/07/2013, relacionadas a empregados constantes do CNIS, ficam permitidas as movimentações financeiras necessárias. Ressalte-se que, nos casos em que o vínculo empregatício for pretérito à citada data, os valores da rescisão devem estar incluídos na autorização para pagamento, mesmo que a dispensa tenha ocorrido depois, pois não se trata de nova dívida contraída para burlar os fins desta decisão.

X. Dá-se parcial provimento ao agravo de instrumento, com a liberação de valores para i) o pagamento de débitos tributários vencidos até 05/07/2013; ii) a aquisição de rastreadores, mediante a apresentação de relação que contenha apenas contratos anteriores a 05/07/2013, bem como que indique somente um contrato e um rastreador por cliente pessoa física e, nos casos de contratos com pessoa jurídica, em havendo mais de um contrato por CNPJ, a especificação clara e separada da frota da empresa que receberá o serviço de rastreamento; e para o iii) pagamento de verbas trabalhistas, após apresentada relação contendo apenas o pagamento de vínculos trabalhistas e despesas anteriores a 05/07/2013 e empregados constantes do CNIS.

Agravo de Instrumento 0019760-76.2014.4.01.0000/GO

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 15/03/2016, p. 931



*Administrativo. Concurso público. Técnico de apoio especializado em programação de sistemas do TRE/TO. Critérios de desempate. Tempo de serviço prestado na justiça eleitoral não alcança o terceirizado de empresa privada que prestava serviços no Tribunal. Sentença mantida. Nomeação e posse tardia em cargo público decorrente de ato administrativo alterado judicialmente. Direito de indenização retroativa. Impossibilidade.*

I. Hipótese dos autos em que o edital estipulou o tempo de serviço prestado à justiça eleitoral como critério de desempate e, na sua aplicação, contabilizou como tal a atuação do trabalhador empregado de empresa privada que prestava serviços de informática no Tribunal.

II. O candidato que labora em empresa privada responde a normas e hierarquia próprias da contratante, sendo certo que o exercício do seu trabalho era fruto do contrato de trabalho que mantinha com ela, em nada se relacionando com a estrutura do Tribunal, cuja relação era com a empresa.

III. O tempo de serviço público prestado por alguém é fruto de sua inserção nos quadros da Administração Pública, precário ou não, cujo procedimento é regulamentado por lei, assim, conquanto o Parecer 203/07-Selen/Copes/SGP defina o tempo de serviço público no seio do Tribunal Regional Eleitoral do Tocantins, fato é que não poderá extrapolar ditames legais, como a Lei 8.112/1990 e 8.745/1993, por exemplo, neles encontrando seus limites.

IV. A interpretação do edital pelo Poder Judiciário, buscando resguardar direito dos candidatos perante abusos da Administração Pública, não viola o princípio da isonomia, resguarda o princípio da legalidade e reforça a segurança jurídica.

V. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional assentou-se no sentido de que o candidato a cargo público, cuja nomeação tardia decorreu de decisão judicial, não tem direito à indenização pelo tempo que aguardou a solução definitiva do Judiciário. Nesse sentido, entre outros: STF - RE 593373 AgR, 2ª Turma, DJe-073, public. 18/04/2011; STJ - EREsp 1117974/RS, rel. p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 19/12/2011; e TRF 1 - AC 2022-70.2009.4.01.4100/RO, rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, 6ª Turma, e-DJF1 de 03/12/2012.

VI. Entendimento deste Tribunal de que o titular de cargo público, cuja investidura foi reconhecida por força de decisão judicial transitada em julgado, não tem direito à retroação dos efeitos funcionais relativos à data da nomeação e da posse ocorridas na esfera administrativa, porquanto somente o efetivo exercício rende ensejo às prerrogativas funcionais inerentes ao cargo público. Precedentes desta Corte.

VII. Recursos de apelação a que se nega provimento. Sentença mantida.

Numeração única: 0006047-45.2008.4.01.4300

Apelação Cível 2008.43.00.006047-8/TO

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – 6ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 08/04/2016, p. 324

*Administrativo. Concurso público. Polícia Rodoviária Federal. Exame toxicológico. Acusação de codeína. Finalidade do exame. Medicação prescrita em receituário médico para tratamento de lombalgia. Laudo ortopédico pela aptidão do candidato. Nomeação e posse. Sentença parcialmente.*

I. Consoante disposição editalícia, o teste toxicológico tem por finalidade a detecção de drogas de uso ilícito a partir de amostras de materiais biológicos, ou seja, apenas as substâncias proibidas pelo ordenamento ensejam a eliminação nesta fase do certame.

II. Hipótese dos autos em que o candidato utilizou o remédio Tylex, que possui codeína, para o tratamento de lombalgia aguda adquirida em função de excessivo treinamento para a prova de capacidade física e que, posteriormente, não mais apresentou seus sintomas. Consta ainda laudo ortopédico atestando sua aptidão para o cargo.

III. Age com excessivo rigor a banca examinadora que elimina o candidato pelo uso de substância não lícita, notadamente quando seu uso é oriundo de prescrição médica.

IV. É na avaliação de capacidade física que se afere esta aptidão do candidato para o cargo, sendo cediço que sua aprovação a demonstra. Ademais, o candidato foi eliminado apenas em razão do teste toxicológico, não sendo cabível a alegação de que a doença seria incapacitante para cargo quando o impetrante foi aprovado no teste físico.

V. Ao candidato *sub judice* não se reconhece direito à nomeação e posse, antes do trânsito em julgado da decisão, já que inexistente, em Direito Administrativo, o instituto da posse precária em cargo público.

VI. É possível, no entanto, a nomeação e posse antes do trânsito em julgado nos casos em que o acórdão do Tribunal seja unânime.

VII. Recurso de apelação da União e a remessa oficial aos quais se nega provimento. Recurso de apelação do impetrante a que se dá provimento.

Apelação/Reexame Necessário 0012030-67.2013.4.01.4100/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian – 6ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 08/04/2016, p. 343

*Mandado de segurança. Adesão ao programa de parcelamento de débitos instituído pela Lei 11.941/2009 (Refis 4). Pedido de inclusão dos saldos devedores de FGTS administrados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e/ou inscritos em dívida ativa da União. Improcedência.*

I. A Lei 11.941, de 27 de maio de 2009, instituiu novo programa de recuperação fiscal, o denominado Refis 4, com vistas à remissão de determinados débitos para com a Fazenda Nacional, assim como a concessão do benefício de parcelamento de débitos tributários, em até 180 meses, com redução de multa e juros.

II. Entre os débitos incluídos no parcelamento, nos moldes da referida lei, não constam aquelas relacionadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS; e de acordo com o art. 111 do CTN, descabe a interpretação extensiva sobre normas concessivas de benefícios fiscais.

III. O FGTS não possui caráter de obrigação tributária — constitui-se prestação a ser revertida integralmente ao trabalhador, com caráter social. Dessa forma, as parcelas não depositadas não configuram débito a ser pago à União, mas aos próprios trabalhadores, a quem exclusivamente aproveitam os valores recolhidos com esse fim.

IV. Apelação da parte-autora a que se nega provimento.

Numeração única: 0036478-12.2009.4.01.3400

Apelação Cível 2009.34.00.037419-7/DF

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 1º/04/2016, p. 594

*Tributário. Imposto de Renda. Ilegitimidade ativa do espólio. Rejeitada. Isenção. Cardiopatia grave. Taxatividade do rol do inciso XIV do art. 6º da Lei 7.713/1988. Doença comprovada.*

I. De acordo com o art. 12, parágrafo único, do Código Civil, *em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista nesse artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente linha reta, ou colateral até o quarto grau.*

II. Rejeitada preliminar de ilegitimidade ativa, uma vez que, no presente caso, o espólio não pleiteia isenção e restituição do IRPF em nome próprio nem em nome dos herdeiros, mas postula, no exercício de sua capacidade processual, direito que pertencia a *de cujus* e que deveria ser incorporado ao patrimônio dos herdeiros. Assim, o espólio defende a universalidade da herança e procura direito que pertence ao patrimônio que deverá ser partilhado.

III. Conforme art. 6º, XIV, Lei 7.713/1988, os portadores de *cardiopatia grave* estão isentos da incidência do Imposto de Renda sobre seus proventos de aposentadoria, ainda que a doença seja contraída após o término da atividade laboral.

IV. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial a que se nega provimento.

Numeração única: 0027191-57.2007.4.01.3800

Apelação/Reexame Necessário 2007.38.00.027716-7/MG

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso – 8ª Turma

Publicação: *e-DJF1* de 1º/04/2016, p. 581

*Processual Civil e Tributário. Isenção do ITR. Necessidade de averbação no registro imobiliário da área de reserva legal. Dispensa de prova da “frustração de safra ou destruição de pastagens”.*

I. O pedido da autora de reconhecimento de superavaliação do Valor da Terra Nua/VTN é objeto de *anterior* mandado de segurança, caso em que *não pode* ser apreciado na presente ação de conhecimento — falta de interesse processual nesse ponto.

II. Ficou demonstrado que o imóvel da autora está localizado em área de ocorrência da calamidade pública no período de 30/09/1999 a 30/01/2000, conforme decretos estaduais. “A frustração de safra ou destruição de pastagens” é presumida, sendo desnecessária a prova disso, nos termos da Lei 9.393/1996.

III. Não obstante a calamidade reconhecida pelo Poder Público, a autora *não procedeu* à averbação no registro imobiliário da área de reserva legal para ter isenção tributária do ITR. Precedente do STJ.

IV. Apelação da autora desprovida. Apelação da União/ré e remessa de ofício parcialmente providas.

Numeração única: 0002463-65.2006.0.01.3806

Apelação/Reexame Necessário 2006.38.06.002467-6/MG

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova – 8ª Turma

Publicação: e-DJF1 de 15/04/2016, p. 4.859

- ★ 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 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](mailto:cojud-revista@trf1.jus.br).

### Submissão e encaminhamento de artigos

- Os trabalhos devem ser preferencialmente inéditos (exceto os publicados somente por meio eletrônico). Esses não devem infringir norma ética, respeitando as normas gerais que regem os direitos do autor.
- A remessa ou publicação dos trabalhos não implica remuneração de seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorre de juízo de oportunidade da Revista do TRF 1ª Região.
- As opiniões emitidas, assim como a exatidão, a adequação e a procedência das referências e das citações bibliográficas são de exclusiva responsabilidade dos autores. A Revista não publica trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional, nem material que possa ser considerado ofensivo ou difamatório.
- Os trabalhos devem ser encaminhados ao *e-mail* [cojud-revista@trf1.jus.br](mailto:cojud-revista@trf1.jus.br) ou ao endereço: TRF 1ª Região – Seção de Apoio ao Gabinete da Revista/Cojud – SAS Sul, Quadra 1, Bloco C, Ed. Anexo I, Sala 110 – CEP 70.096-900 – Brasília/DF. A folha de rosto deve ser identificada com título do artigo em português (preferencialmente até oito palavras) e nome completo, titularidade, endereço, telefone e *e-mail* do autor.

