

Revista

do Tribunal Regional Federal da Primeira Região
v. 28 n. 7/8 julho/agosto 2016

ISSN 0103-703-X

R. TRF1	Brasília	v. 28	n. 7/8	p. 1/236	julho/agosto 2016
---------	----------	-------	--------	----------	-------------------

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal Souza Prudente – Diretor

Coordenação

Ana Clara de Barros Balsalobre – Diretora/COJUD

Supervisão

Luciana Fernandes Menezes – Supervisora/SEREV

Edição

Ana Clara de Barros Balsalobre

Gabriela Vaz Junqueira Artiaga

Revisão

Ana Clara de Barros Balsalobre

Leandro Scapellato Cruz

Maria Aparecida Guimarães da Cruz Nunes

Editoração eletrônica

José Hugo de Lima Reis – prestador de serviço

Luciana Fernandes Menezes

Matuzalém Braga dos Santos

Capa e projeto gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Distribuição

Joilma de Oliveira Souza – prestadora de serviço

Zilda Maria Regina Dutra

Impressão

Núcleo de Serviços Gráficos – NUGRA/SECGE

Tiragem: 800 exemplares

Confecção de chapas CTP

Studio Produções Gráficas

Seção de Apoio à Revista – Serev/Cojud/TRF1

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

70.096-900 – Brasília/DF

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

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

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

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

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

Disponível também em:

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

Esta Revista é repositório oficial de jurisprudência, conforme o art. 378, III, do RITRF 1ª Região

Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. – Vol. 1, n. 1
(out./dez. 1989) - . – Brasília: TRF 1, 1989-

v.

Publicada mensalmente de nov. 2000-dez. 2012.

Publicada bimestralmente a partir de janeiro de 2013.

ISSN 0103-703-X

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

Conselho Editorial

Membros Natos

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

Juristas Renomados

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

Arnoldo Wald

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

Antônio Augusto Brandão de Aras

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

Clito Fornaciari Júnior

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

Dalmo de Abreu Dallari

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

Fernando da Costa Tourinho Filho

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

Flávia Piovesan

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

Guilherme de Souza Nucci

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

Humberto Theodoro Júnior

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

Ingo Wolfgang Sarlet

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

Ives Gandra da Silva Martins

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

Jorge Miranda

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

José Afonso da Silva

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

José Carlos Moreira Alves

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

José Joaquim Gomes Canotilho

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

José Renato Nalini

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

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

José Rubens Morato

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

Luiz Guilherme Marinoni

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

Marçal Justen Filho

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

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

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

Nabor Bulhões

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

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

Nelson Nery Júnior

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

Patryck de Araújo Ayala

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

Paulo Affonso Leme Machado

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

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

Paulo Bonavides

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

Paulo de Bessa Antunes

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

Ronaldo Poletti

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

Sérgio Cruz Arenhart

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

Desembargador Federal Adhemar Maciel
abril/1989 – novembro/1992

Desembargador Federal Catão Alves
novembro/1992 – outubro/1993

Desembargador Federal Leite Soares
novembro/1993 – junho/1994

Desembargador Federal Tourinho Neto
junho/1994 – abril/1997

Desembargador Federal Osmar Tognolo
maio/1997 – maio/1999

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

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

Desembargador Federal Olindo Menezes
maio/2003 – maio/2005

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

Desembargador Federal Tolentino Amaral
junho/2006 – julho/2007

Desembargador Federal Hilton Queiroz
agosto/2007 – agosto/2009

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

Desembargador Federal Ítalo Mendes
outubro/2010 – maio/2012

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

Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
maio/2014 – abril 2016



Desembargador Federal Souza Prudente
a partir de maio/2016



A Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, nesta edição, relativa ao bimestre julho/agosto de 2016, destaca, em seu perfil científico e doutrinário, temas jurídicos de relevante interesse público, a saber: *Os três universos da liberdade na evolução do Estado (Paulo Bonavides)*; *O direito constitucional do magistrado ao mérito por cursos de aperfeiçoamento no contexto ético da deontologia funcional da magistratura (Souza Prudente)*; *Inteligência do art. 11 da Lei 13.254/2016 sobre repatriação de valores (Ives Gandra da Silva Martins)*; *Renda auferida ilicitamente por pessoa física em detrimento dos cofres públicos: devida a tributação? Em ocorrendo, subsiste o lançamento tributário diante da restituição voluntária ou forçada dos valores? (Nelson Loureiro dos Santos)*; *Ação de Improbidade (Fernando Tourinho Filho)*; *A Súmula 405 do STF e a segurança jurídica (Arnoldo Wald e Rodrigo de Oliveira Kaufmann)*.

Como já visto desde sua edição anterior, esta Revista está vocacionada a divulgar *julgados de questões processuais relevantes e uma jurisprudência diferenciada em defesa da vida das presentes e futuras gerações*.

Nesse contexto, revela-se importante decisão deste egrégio TRF1ª Região, inibitória de exploração minerária, na região amazônica, com graves impactos ambientais em terras indígenas, com base na Carta Encíclica Social-Ecológica *Laudato Si* e confirmada pelo STF, nos autos da Suspensão de Liminar SL 933 (publicada no DJe de 20/06/2016), a merecer sensível e compromissada manifestação do Papa Francisco, em carta transmissora de seu desejo pastoral, no sentido de vir ao Brasil verificar esse cenário de degradação ambiental no coração da Amazônia, *sistematicamente vilipendiada pela ganância dos homens, como uma fronteira entre as periferias existenciais espalhadas pelo mundo*.

No Estado democrático de Direito, o Poder Judiciário está sendo permanentemente convocado, com os demais Poderes Públicos e toda coletividade, a defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, *caput*), adotando técnicas e procedimentos processuais mais rápidos e eficazes (CF, art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII), que repudiem qualquer postura de inércia ou omissão, ante os desafios dos novos direitos, em temas emergentes e difusos, como dignidade da pessoa humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, defesa do meio ambiente natural, artificial, do trabalho e cultural, visando a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Neste cenário, o juiz que não estuda jamais será um bom juiz. Somente o acesso aos saberes cientificamente adquiridos torna-lo-á apto na arte de bem julgar e de distribuir a todos a melhor justiça em tempo razoável.

A rigor, não somos juízes apenas quando assumimos o honroso cargo da magistratura, com juramento solene de cumprir e fazer cumprir a Constituição da República e as leis do País. É preciso, sobretudo, realizar a promessa constitucional de garantir a todos o acesso pleno e oportuno à Justiça, legitimando-se perante a soberania popular, com a constante produção *de decisões justas, a definir a prova final da magistratura, no mais elevado grau de tutelar direitos e distribuir sempre a tão almejada Justiça* (CF, art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII).

Estamos vivendo, assim, na plenitude do poder geral de cautela do juiz, que há muito rompera as mordaças da doutrina liberal, para garantir o retorno do cidadão, neste novo século, capaz de reedificar o mundo pela consciência dos homens, no exercício da comunhão de sentimentos e da solidariedade, que se ilumina na inteligência criativa e serviente à aventura da vida, no processo de construção de uma democracia plenamente participativa.

Desembargador Federal Souza Prudente
Diretor da Revista do TRF1ª Região



Artigos Doutrinários.....25

Os três universos da liberdade na evolução do Estado, **25**

Paulo Bonavides

O direito constitucional do magistrado ao mérito por cursos de aperfeiçoamento no contexto ético da deontologia funcional da magistratura, **28**

Antônio Souza Prudente

Inteligência do art. 11 da Lei 13.254/2016 sobre repatriação de valores, **30**

Ives Gandra da Silva Martins

Renda auferida ilicitamente por pessoa física em detrimento dos cofres públicos: devida a tributação? Em ocorrendo, subsiste o lançamento tributário diante da restituição voluntária ou forçada dos valores?, **38**

Nelson Loureiro dos Santos

Ação de improbidade, **59**

Fernando Tourinho Filho

A Súmula 405 do STF e a segurança jurídica, **63**

Arnoldo Wald

Rodrigo de Oliveira Kaufmann

Inovações Legislativas.....79

Lei 13.303, de 30/06/2016 (mensagem de veto).

Lei 13.305, de 04/07/2016.

Lei 13.306, de 04/07/2016.

Lei 13.307, de 06/07/2016.

Lei 13.308, de 06/07/2016.

Lei 13.313, de 14/07/2016.

Lei 13.315, de 20/07/2016.

Lei 13.329, de 1º/08/2016.

Lei 13.330, de 02/08/2016.

Mensagem de Veto Total 390, de 12/07/2016.

Medida Provisória 739, de 07/07/2016.

Medida Provisória 741, de 14/07/2016.

Decreto 8.805, de 07/07/2016.

Decreto 8.828, de 02/08/2016.

Arguição de Inconstitucionalidade.....83

Apreensão de veículo. Liberação condicionada ao pagamento de multa. Ofensa ao direito de propriedade e aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, 83

Numeração única: 0000151-60.2004.4.01.4300

Arguição de Inconstitucionalidade 2004.43.00.000151-0/TO

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Julgados de Questões Processuais Relevantes.....91

Mudança de domicílio do autor incapaz (menor e interditado por doença mental). Interesse de vulnerável/hipossuficiente. Princípio da perpetuação da jurisdição. Não prevalência, 91

Conflito de Competência 0003649-46.2016.4.01.0000/MT

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

Competência delegada da Justiça Estadual local. Ulterior criação de UAA (Unidade Avançada de Atendimento), como ponto fixo (provisório/precário) de Justiça Itinerante, vinculada à Seção/MT. Hipótese que não consubstancia criação superveniente de vara federal. Perpetuação da jurisdição, 91

Conflito de Competência 0025909-20.2016.4.01.0000/MT

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

Benefício previdenciário. Prévio requerimento administrativo. Necessidade. Entendimento do STF em repercussão geral. Hipótese de transição. Anulação da sentença para apresentação do requerimento administrativo, 92

Apelação Cível 0006002-10.2016.4.01.9199/TO

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

Abandono do processo penal. Multa prevista no art. 265 do CPP. Afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, 93

Mandado de Segurança 0064318-02.2015.4.01.0000/AC

Relator: Desembargador Federal Cândido Ribeiro

Ação de desapropriação. Reforma agrária. Vara federal da subseção judiciária cuja jurisdição abrange o município de situação da área desapropriada. *Forum rei sitae*, 94

Conflito de Competência 0007720-91.2016.4.01.0000/MT

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Organização criminosa. Atividades complexas interligadas. Participação de servidores públicos federais autárquicos. Corrupção. Interesse da União. Crimes conexos. Inserção de dados falsos em sistema estadual. Repercussão direta em sistema federal autárquico. Competência da Justiça Federal, 94

Habeas Corpus 0017990-77.2016.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Patrocínio infiel e apropriação indébita. Pedido ministerial de declínio de competência. Requerimento de remessa dos autos à Justiça Estadual. Não apreciação do pedido pelo magistrado. Apreciação jurisdicional devida, 95

Apelação Criminal 0083302-53.2014.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Iran Esmeraldo Leite (convocado)

Desapropriação. Execução. Substituição do Ibama pelo ICMBio na relação processual. Pagamento de precatórios futuros, 95

Agravado de Instrumento 0073614-19.2013.4.01.0000/AC

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Homicídios cometidos por brasileiros no exterior. Competência da Justiça Estadual, 96*Habeas Corpus* 0023951-96.2016.4.01.0000/AP

Relator: Juiz Federal Carlos D'Ávila Teixeira (convocado)

Ação popular. Privatização da Companhia Vale do Rio Doce. Tese de situação fática consolidada pelo decurso do tempo. Possível lesão ao patrimônio público. Anulação da sentença. Necessidade de perícia. Manifestação do TCU, 96

Numeração única: 0004460-97.2003.4.01.3900

Reexame Necessário 2003.39.00.004414-4/PA

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

Concurso público. Mandado de segurança coletivo. Conselho Regional de Técnicos em Radiologia. Ilegitimidade ativa. Ação extinta sem resolução do mérito, 98

Apelação Cível 0037086-59.2013.4.01.3500/GO

Relatora: Juíza Federal Daniele Maranhão Costa (convocada)

Ação popular. Programa Mais Médicos. Ato potencialmente ilegal e lesivo à moralidade administrativa e ao patrimônio público. Cabimento da ação popular. Inépcia da inicial afastada, 98

Apelação Cível na Ação Popular 0019974-52.2014.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Ação indenizatória proposta por ex-empregado em face do ex-empregador. Ressarcimento de valores gastos a título de honorários periciais e advocatícios contratuais, em virtude do ajuizamento de reclamação trabalhista julgada procedente. Competência absoluta da Justiça do Trabalho, 99

Numeração única: 0001607-85.2007.4.01.3800/MG

Apelação Cível 2007.38.00.001660-3

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Ação civil pública. Patrimônio histórico-cultural. Conjunto urbanístico. Reforma em imóvel em desacordo com projeto aprovado pelo Iphan. Nulidade da prova pericial, 99

Numeração única: 0042708-15.2001.4.01.3800

Apelação Cível 2001.38.00.042814-0/MG

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Ação civil pública. Ministério Público Federal. Direito individual homogêneo divisível e disponível. Não ocorrência. Ilegitimidade ativa reconhecida, 100

Numeração única: 0001944-97.2004.4.01.3600

Apelação Cível 2004.36.00.001943-2/MT

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Jurisprudência Diferenciada — Julgados em Defesa da Vida.....101**Agência Nacional de Vigilância Sanitária — Anvisa. Poder de polícia na fiscalização dos produtos fumígenos, derivados do tabaco. Taxa de vigilância e fiscalização sanitária, 101**

Numeração única: 0034152-31.1999.4.01.3400

Arguição de Inconstitucionalidade 1999.34.00.034204-0/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Souza Prudente

Corrupção passiva, estelionato e peculato. Medida cautelar de suspensão do exercício da função pública. Suspensão dos vencimentos. Constrangimento ilegal, 101

Mandado de Segurança Criminal 0028377-54.2016.4.01.0000/AP

Relator: Juiz Federal Carlos D'Ávila Teixeira (convocado)

OSCIP. Termo de parceria. Verba para coordenação e produção executiva. Prestação de contas. Destinação diversa, 102

Numeração única: 0034408-56.2008.4.01.3400

Embargos Infringentes 2008.34.00.034625-2/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Aposentadoria por tempo de contribuição. Revisão. Reflexos trabalhistas, 102

Apelação Cível 0019457-61.2011.4.01.3300/BA

Relator: Juiz Federal Fabio Rogério França Souza (convocado)

Pensão. Ex-combatente. Reversão em favor das filhas. Reconhecimento do direito na esfera administrativa. Ausência de necessidade de manifestação prévia do TCU. Parcelas retroativas, 103

Numeração única: 0000466-57.2009.4.01.3801

Apelação/Reexame Necessário 2009.38.01.000474-0/MG

Relator: Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha (convocado)

Servidor público. Afastamento. Mestrado. Instituição de ensino de renome internacional. Custos financiados, em sua maior parte, por entidade internacional, 104

Numeração única: 0002934-04.2007.4.01.3400

Apelação Cível 2007.34.00.002953-6/DF

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

Relator p/ acórdão: Desembargador Federal Carlos Augusto Pires Brandão

Previdenciário. Auxílio-reclusão. Necessidade de caracterização da condição de segurado de baixa renda, 105

Apelação Cível 0021228-47.2011.4.01.3600/MT

Relator: Desembargador Federal Carlos Augusto Pires Brandão

Servidora pública federal. Prorrogação de licença-maternidade. Posse em cargo público após o período previsto para a sua aquisição. Contagem do prazo a partir da data da posse da servidora, 106

Apelação em Mandado de Segurança 0040367-66.2012.4.01.3400/DF

Relatora: Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas

Processo administrativo disciplinar. Apuração de irregularidades praticadas quando do exercício das funções públicas. Obrigatoriedade da apuração pela Administração Pública, 106

Numeração única: 0004998-30.2006.4.01.3300

Apelação Cível 2006.33.00.005000-9/BA

Relator: Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado)

Dispensa de função comissionada no gozo de licença-maternidade. Estabilidade provisória. Proteção à maternidade, 106

Numeração única: 0014271-53.2008.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2008.34.00.014337-9/DF
Relator: Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado)

Ação de improbidade administrativa. Inexistência de atos que configurem dano ao Erário ou que atentem contra os princípios da Administração Pública, 107

Numeração única: 0003810-48.2001.4.01.3600
Apelação Cível 2001.36.00.003810-1/MT
Relatora: Desembargadora Federal Assusete Magalhães

Tráfico transnacional de drogas. Medicamentos. Substância causadora de dependência física e psíquica, 109

Numeração única: 0002794-18.2009.4.01.3814
Apelação Cível 2009.38.14.002975-3/MG
Relatora: Juíza Federal Maria Lúcia Gomes de Souza (convocada)

Tribunal do Júri Federal. Réu policial rodoviário federal. Legítima defesa e inexigibilidade de conduta diversa. Absolvição contrária à prova dos autos. Anulação da sessão de julgamento, 109

Numeração única: 0009266-35.2003.4.01.3300
Apelação Cível 2003.33.00.009248-5/BA
Relatora: Juíza Federal Maria Lúcia Gomes de Souza (convocada)

Crimes contra a ordem tributária, o Sistema Financeiro Nacional, a economia popular e de lavagem de capitais. Pedido de desbloqueio de bens. Índícios razoáveis da proveniência ilícita e de prejuízos à Fazenda Pública. Pena de perdimento, 109

Apelação criminal 0014547-31.2015.4.01.3500/GO
Relatora: Juíza Federal Maria Lúcia Gomes de Souza (convocada)

Apropriação indébita previdenciária. Hospital beneficente. Dificuldades financeiras. Ausência de indícios de má administração, apropriação dos recursos ou descumprimento do estatuto social. Absolvição, 110

Numeração única: 0031056-93.2004.4.01.3800
Apelação Criminal 2004.38.00.031227-7/MG
Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Crime contra a honra de juiz do trabalho. Calúnia. Advogado. Imunidade profissional. Não alcançado pelo crime de calúnia, 110

Numeração única: 0000751-62.2009.4.01.3700
Apelação Criminal 2009.37.00.000760-6/MA
Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro

Improbidade administrativa. Deputado federal. Assessores parlamentares comissionados. Repasse de remuneração ao parlamentar. Demonstração insuficiente. Recursos privados. Ausência de prejuízo ao Erário, 111

Numeração única: 0004121-02.2006.4.01.3200
Apelação Cível 2006.32.00.004145-3/AM
Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Pacientes intimadas para prestar depoimento em ação penal na qual figuram filho, neto e cônjuge. Exercício do direito de recusa afastado pelo juízo, 112

Habeas Corpus 0017580-19.2016.4.01.0000/MT
Relator: Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado)

Habeas corpus. Juiz e advogado. Atrito. Peticionamento. Proibição. Impossibilidade, 114

Habeas Corpus 0058773-48.2015.4.01.0000/PA

Relator: Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha (convocado)

Improbidade administrativa. Vereador. Aplicabilidade da Lei 8.429/1992 aos agentes políticos, 114

Apelação cível 0004428-95.2012.4.01.3603/MT

Relator: Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado)

Crimes contra a ordem tributária. Suposto esquema fraudulento com verbas do SUS. Ausência de inequívoca comprovação de participação de médicos, 114

Numeração única: 0008851-22.2008.4.01.3803

Apelação Criminal 2008.38.03.008982-3/MG

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Propriedade resolúvel. Hipoteca. Reversão do domínio. Implemento de condição resolutiva. Extinção da hipoteca, 115

Agravo de instrumento 0014007-07.2015.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Ação civil pública. Regularização fundiária de terras ocupadas por comunidades de remanescentes de quilombos. Implementação de políticas públicas. Omissão do Poder Público, 115

Numeração única: 0015800-89.2009.4.01.4300

Apelação Cível 2009.43.00.007543-7/TO

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Ação civil pública. Transporte terrestre. Tráfego de veículo de carga em rodovia federal com excesso de peso. Tutela inibitória. Proteção do patrimônio público e de interesses difusos e coletivos dos usuários de rodovias, 116

Agravo Regimental na Apelação Cível 0032109-67.2012.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Portadores de necessidades especiais, comprovadamente carentes. Gratuidade de transporte interestadual. Extensão do benefício aos acompanhantes, comprovadamente carentes e indispensáveis à locomoção do beneficiário. Eficácia plena do direito legalmente assegurado, 116

Apelação Cível 0052380-68.2010.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Programa Farmácia Popular. Portadores de necessidades especiais. Implementação de políticas públicas de inclusão social (dispensação de fraldas geriátricas ou fornecimento a menor custo). Omissão do Poder Público. Controle jurisdicional, 117

Apelação Cível 0009520-02.2013.4.01.3803/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Responsabilidade civil do Estado por omissão. Responsabilidade objetiva. Ocorrência de omissão específica na realização de fiscalização sanitária em medicamento. Dano moral, 118

Numeração única: 0008578-50.2006.4.01.3500

Apelação Cível 2006.35.00.008598-5/GO

Relator: Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado)

Tratamento médico. Direito à saúde. Fornecimento de medicamento de alto custo. Excepcionalidade. Única opção para melhora na qualidade de vida do paciente, 120

Apelação/Reexame Necessário 0008294-30.2011.4.01.3803/MG

Relatora: Juíza Federal Daniele Maranhão Costa (convocada)

Direito do Consumidor. Plano de saúde. Responsabilidade solidária. Realização de procedimento cirúrgico. Negativa. Impossibilidade. Danos morais, 121

Apelação Cível na Ação Ordinária 0004204-48.2012.4.01.3801/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Financiamento imobiliário. Pendência de decisão judicial válida determinando a suspensão de atos expropriatórios. Desídia e falha na prestação do serviço por parte da instituição financeira. Danos materiais e morais comprovados, 122

Apelação Cível 0018900-40.2012.4.01.3300/BA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Servidor público federal. Relação homoafetiva. Reconhecimento como dependente/beneficiário de plano de assistência à saúde. Garantia de formação do meio ambiente cultural brasileiro, ecologicamente equilibrado, 123

Numeração única: 0013227-04.2005.4.01.3400

Apelação no Mandado de Segurança 2005.34.00.013248-1/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

DNIT. Vítima fatal de acidente de trânsito. Queimadas ocorridas próximo à rodovia federal. Espessa cortina de fumaça. Pensão mensal devida à companheira e aos filhos menores do falecido. Dano moral, 123

Numeração única: 0005539-63.2006.4.01.3300

Apelação/Reexame Necessário 2006.33.00.005542-6/BA

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Programa Ciências Sem Fronteiras. CNPq. Alteração nos critérios de participação. Impossibilidade. Ofensa aos princípios da isonomia e da razoabilidade, 125

Apelação/Reexame Necessário 0022736-41.2014.4.01.3400/DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Contrato administrativo. Infraero. Licitação. Adjudicação à empresa sagrada vencedora no certame. Recusa de assinatura do contrato. Penalidades impostas, 125

Numeração única: 0004490-64.2004.4.01.3200

Apelação Cível 2004.32.00.004492-4/AM

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Ação civil pública. Fundação Universidade Federal do Piauí. Contrato firmado com fundação de apoio. Dispensa de licitação. Objeto não previsto em lei, 125

Numeração única: 0002973-73.2009.4.01.4000

Apelação/Reexame Necessário 2009.40.00.003024-6/PI

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Tratamento médico. Fornecimento de fosfoetanolamina sintética deferido. Paciente compassivo ou terminal. Tratamentos convencionais sem efeitos. Multa diária, 126

Agravo de Instrumento 0071968-03.2015.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Responsabilidade civil. CEF. Erro grosseiro. Cadastro no PIS. Mesmo número de outro trabalhador. Suspensão indevida de seguro-desemprego. Instauração de inquérito militar. Danos morais, 127

Numeração única: 0004813-98.2007.4.01.3900

Apelação Cível 2007.39.00.005079-7/PA

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Paciente internado. Tratamento aplicado pela instituição de saúde. Determinação judicial. Transfusão de sangue compulsória. Recusa da pessoa enferma. Opção por modalidade diversa de tratamento. Possibilidade. Observância do direito fundamental à dignidade da pessoa humana e à liberdade. Direito de escolha da espécie de tratamento médico, 127

Agravo de Instrumento 0017343-82.2016.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Demarcação de terra indígena. Procedimento administrativo. Contraditório. Ampla defesa. Observância, 128

Numeração única: 0005680-55.2006.4.01.3600

Apelação Cível 2006.36.00.005681-1/MT

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Alvará judicial. PIS-Pasep. Estado de penúria do requerente. Reinserção no mercado de trabalho. Agravamento. Levantamento de valores, 128

Numeração única: 0003584-79.2006.4.01.3305

Apelação Cível 2006.33.05.003594-1/BA

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Transformação de cargos públicos. Alteração da natureza de cargo comissionado técnico para cargo em comissão de livre exoneração e nomeação, 129

Numeração única: 0041601-59.2007.4.01.3400

Apelação/Reexame Necessário 2007.34.00.041869-4/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Anistia política. Revisão de prestação mensal, permanente e continuada. Danos morais. Cumulação, 130

Numeração única: 0001913-56.2008.4.01.3400

Apelação Cível 2008.34.00.001926-1/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Contaminação por Césio-137 de estabelecimento comercial. Danos materiais. Danos emergentes, 130

Numeração única: 0004237-68.2007.4.01.0000

Apelação/Reexame Necessário 2007.01.00.003870-0/GO

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Ação popular. Reajuste da tarifa de energia elétrica no Estado de Roraima. Razoabilidade. Ausência. Princípio da modicidade das tarifas de serviço público, 132

Agravo de Instrumento 0065414-52.2015.4.01.0000/RR

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Responsabilidade civil. Caixa Econômica Federal. Dano moral. Dupla sena. Apostador que acertou os números da quadra. Prêmio. Significativa disparidade entre valor divulgado e o que foi pago. Falha técnica causadora do equívoco na divulgação do montante do prêmio a ser pago, 132

Apelação Cível 0010031-11.2010.4.01.3801/MG

Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro

Ensino superior. Sistema de cotas raciais. Entrevista para aferição de traços negros. Não comparecimento do candidato. Descumprimento do edital, 133

Numeração única: 0002127-04.2009.4.01.3500

Apelação Cível 2009.35.00.002178-8/GO

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Ordem dos Advogados do Brasil. Inscrição. Lista sêxtupla. Quinto constitucional. Requisito não elencado na Constituição Federal, 134

Numeração única: 0028145-96.2008.4.01.3500

Reexame Necessário 2008.35.00.028637-2/GO

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Contrato de concessão para prestação de serviço público de transmissão de energia elétrica. Objeto contratual que inclui a construção, operação e manutenção de instalações de transmissões através da Floresta Amazônica, 134

Agravo de Instrumento 0047580-36.2015.4.01.0000 / DF

Relator: Desembargador Federal Kassio Marques

Sucessão empresarial. Antiga proprietária com função de gerência na nova empresa. Existência de sucessão, 135

Apelação Cível 0000809-24.2012.4.01.3809/MG

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado

Embargos à execução fiscal. Bem de família. Impenhorabilidade, 136

Apelação Cível 0005745-98.2012.4.01.3807/MG

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

Imposto de Renda. Reclamação trabalhista. Obrigações não saldadas em época própria. Pagamento único aglomerado. Lei do tempo do fato gerador, 136

Apelação/Reexame Necessário 0003145-40.2012.4.01.3311/BA

Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão

IPTU. Imóvel pertencente à Rede Ferroviária Federal. Sucessão pela União. Imunidade. Inexistência, 137

Numeração única: 0021505-16.2009.4.01.3800

Apelação Cível 2009.38.00.022132-0/MG

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado

Ação civil pública. Cláusula contratual de concessão de telefonia fixa. Reajuste de tarifa. Princípio da segurança jurídica e do equilíbrio econômico-financeiro, 137

Numeração única: 0008704-80.2004.4.01.3400

Apelação Cível 2004.34.00.008724-2/DF,

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Execução fiscal. BacenJud. Cédula de crédito rural. Cessão do crédito em favor da União. Inclusão na dívida ativa. Dívida garantida por escritura pública, 137

Agravo de Instrumento 0049169-63.2015.4.01.0000/MG

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Rendimentos decorrentes de operações financeiras. Hedge. Swap. Imposto de Renda, 138

Numeração única: 0013272-22.2002.4.01.3300

Apelação Cível 2002.33.00.013256-0/BA
Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Ação de execução para cobrança exclusiva de honorários advocatícios. Inexistência de convenção entre as partes. Superveniência de convenção em favor da empresa autora. Inaplicabilidade para a ação que tramita no interesse exclusivo do advogado, 138

AgRAI 0028212-80.2011.4.01.0000/MG
Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Penhora sobre o faturamento da empresa. Não comprovação da capacidade financeira da empresa, 138

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 0070633-46.2015.4.01.0000/TO
Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

IOF. Incidência sobre ingresso de divisas decorrentes de empréstimo em moeda estrangeira, 139

Numeração única: 0016737-25.2005.4.01.3400
Apelação Cível 2005.34.00.016769-2/DF
Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Anulatória de débito fiscal. Quebra de sigilo bancário. Depósitos bancários. Origem dos recursos não comprovada. Omissão de receita, 139

Numeração única: 0025213-23.2003.4.01.3400
Apelação Cível 2003.34.00.025224-5/DF
Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Fundaf. Ressarcimento dos custos das atividades extraordinárias de fiscalização em entrepostos de uso público. Natureza jurídica de taxa. Atividade típica estatal. Compulsoriedade. Poder de polícia alfandegária, 139

Apelação/Reexame Necessário 0004533-77.2014.4.01.3902/PA
Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Jurisprudência Especializada — Julgados em Defesa da Vida das Presentes e Futuras Gerações.....141

Cessação da exploração de atividades minerárias do Empreendimento Onça Puma – MOP, 143

Agravo de Instrumento 0042106-84.2015.4.01.0000/PA
Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Carta escrita pelo Papa Francisco, 153

Suspensão de decisões em ação civil pública. Parcelamento urbano clandestino. Setor Arniqueiras. Demolição de edificações irregulares não habitadas, 155

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0054275-45.2011.4.01.0000/DF
Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes

Ação civil pública para anulação do processo de licenciamento ambiental da segunda pista de pouso e decolagem do Aeroporto Internacional de Brasília. Alegação de vícios insanáveis no processo de licenciamento e dano causado pela obra. Situação crítica dos recursos hídricos do Distrito Federal, 155

Agravo Regimental em Apelação Cível 2002.34.00.039357-5/DF
Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus
Relator p/ acórdão: Desembargadora Federal Selene Almeida

Ação civil pública para reparação de dano ambiental. Obra edificada irregularmente em Área de Preservação Permanente (APP). Contrariedade ao Código Florestal. Degradação ambiental incontroversa, 158

Numeração única: 0009121-80.2007.4.01.3803

Apelação Cível 2007.38.03.009479-4/MG

Relatora: Desembargadora Federal Selene Almeida

Ação civil pública. Degradação ambiental em área situada na Amazônia Legal. Princípios da reparação integral e do poluidor-pagador. Cumulação de obrigação de fazer (reparação da área degradada) e de indenizar, 159

Numeração única: 0000581-03.2008.4.01.3902

Apelação Cível 2008.39.02.000581-3/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Ação anulatória. Multa por infração ambiental. Competência para lavratura do auto. Efetiva comprovação do desmatamento. Responsabilidade do proprietário, 160

Numeração única: 0005663-37.2007.4.01.4100

Apelação/Reexame Necessário 2007.41.00.005666-5/RO

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova

Parque Nacional da Amazônia. Unidade de proteção integral. Suspensão de atividades agressoras ao meio ambiente. Recuperação do dano causado, 161

Numeração única: 0001166-26.2006.4.01.3902

Apelação Cível 2006.39.02.001166-2/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Ação civil pública. Reservatório artificial de usina hidrelétrica. Área de preservação permanente. Natureza do empreendimento. Área urbana, 162

Numeração única: 0000051-36.2007.4.01.3804

Apelação Cível 2007.38.04.000051-1/MG

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Ambiental. Embargo de área. Inclusão do nome do titular em lista mantida pelo Ibama. Marco para aplicação da novel legislação, 163

Apelação Cível 0000067-58.2014.4.01.3605/MT

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Decisões Monocráticas..... 165**Legitimidade do reajuste das contribuições individuais para plano de saúde. Agência Nacional de Saúde – ANS, 165**

Agravo de Instrumento 0024535-66.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Efeitos de deliberação do Plenário. Suspensão, 167

Agravo de Instrumento 0034067-64.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Anulação das estimativas populacionais anuais de município. Alegação de erro. IBGE, 175

Agravo de Instrumento 0028460-70.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado

Suspensão da cobrança do rateio dos Encargos de Serviço do Sistema – ESS, 178

Conflito de Competência 0029733-84.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova

Ações previdenciárias decorrentes de acidentes de trabalho. Competência, 180

Conflito de Competência 0009467-76.2016.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

Concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença. Execução de parcelas retroativas, 181

Agravo de Instrumento 0058133-84.2011.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

INSS. Exigência de prazo mínimo de dois anos de deficiência para conceder benefício de prestação continuada, 184

Agravo de Instrumento 0031816-73.2016.4.01.0000/TO

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

Pedido de nulidade de decisão administrativa de exclusão do agravante do Exame de Seleção ao Estágio de Adaptação ao Oficialato em Curso do ano de 2015 (ES EAOF 2015), 187

Agravo de Instrumento 0057583-50.2015.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Francisco Neves da Cunha (convocado)

Repasse da cota parte do Fundo de Participação dos Municípios do agravante sem a dedução de incentivos fiscais concedidos pelo Governo Federal, 190

Agravo de Instrumento 0004462-73.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

Retenções na cota do Fundo de Participação dos Municípios – FPM decorrentes de parcelamentos. Repactuação dos débitos do município, 193

Agravo de Instrumento 0009788-14.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

Conselho Regional de Administração de Minas Gerais – CRA/MG. Competência para processar e julgar a demanda, 195

Conflito de Competência 0000303-87.2016.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado

Liberação das mercadorias sem o recolhimento dos valores do direito *antidumping*, 197

Agravo de Instrumento 0021342-43.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado

Ação de improbidade administrativa. Execução do contrato de concessão. Infraero e Sindicato dos Permissionários de Táxis e Motoristas Auxiliares do DF – Sinpetaxi. Uso de área adjacente do Aeroporto Internacional Juscelino Kubitschek, 199

Agravo de Instrumento 0022911-79.2016.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado)

Suspensão da exigibilidade de débito relativo a multa cominada em processo administrativo. Tim Celular S/A, 202

Agravo de Instrumento 0037799-53.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

Reintegração de posse. Invasão. Danos ao meio ambiente, 204

Agravo de Instrumento 0025932-63.2016.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

Aneel. Início da operação comercial e do período de suprimento, 206

Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0037549-20.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

Inclusão do HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo no polo passivo da demanda como sucessor do Banco Bamerindus S/A. Securitização de débitos, 210

Agravo de Instrumento 0073790-61.2014.4.01.0000/GO

Relatora: Juíza Federal Daniele Maranhão Costa (convocada)

Direito ambiental. Recuperação de áreas de preservação permanente degradadas, 213

Agravo de Instrumento 0031877-31.2016.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Projeto BRT de Feira de Santana/BA. Suspensão do contrato e dos respectivos pagamentos, 216

Agravo de Instrumento 0010623-02.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Cota de aporte de garantia financeira. Repasse aos geradores hidrelétricos. UHE Santo Antônio, 217

Agravo de Instrumento 0041059-41.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Suspensão da eficácia de resolução da ANS que determinou a alienação da carteira de beneficiários da agravante, 223

Agravo de Instrumento 0042378-44.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Implantação de indenização a servidores do Município de Tabatinga/AM, 227

Agravo de Instrumento 0040647-13.2016.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal Carlos Augusto Pires Brandão

JEFs em Revista.....231**Militar. Valor da ajuda de custo. Integralidade da remuneração. Dependente. Efetivo acompanhamento. Necessidade, 231**

Pedilef 0056546-17.2008.4.01.3400/DF

Relator: Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende

Servidor público. GDPST. Isonomia entre os servidores inativos e ativos, 231

Pedilef 0002929-48.2013.4.01.3504/GO

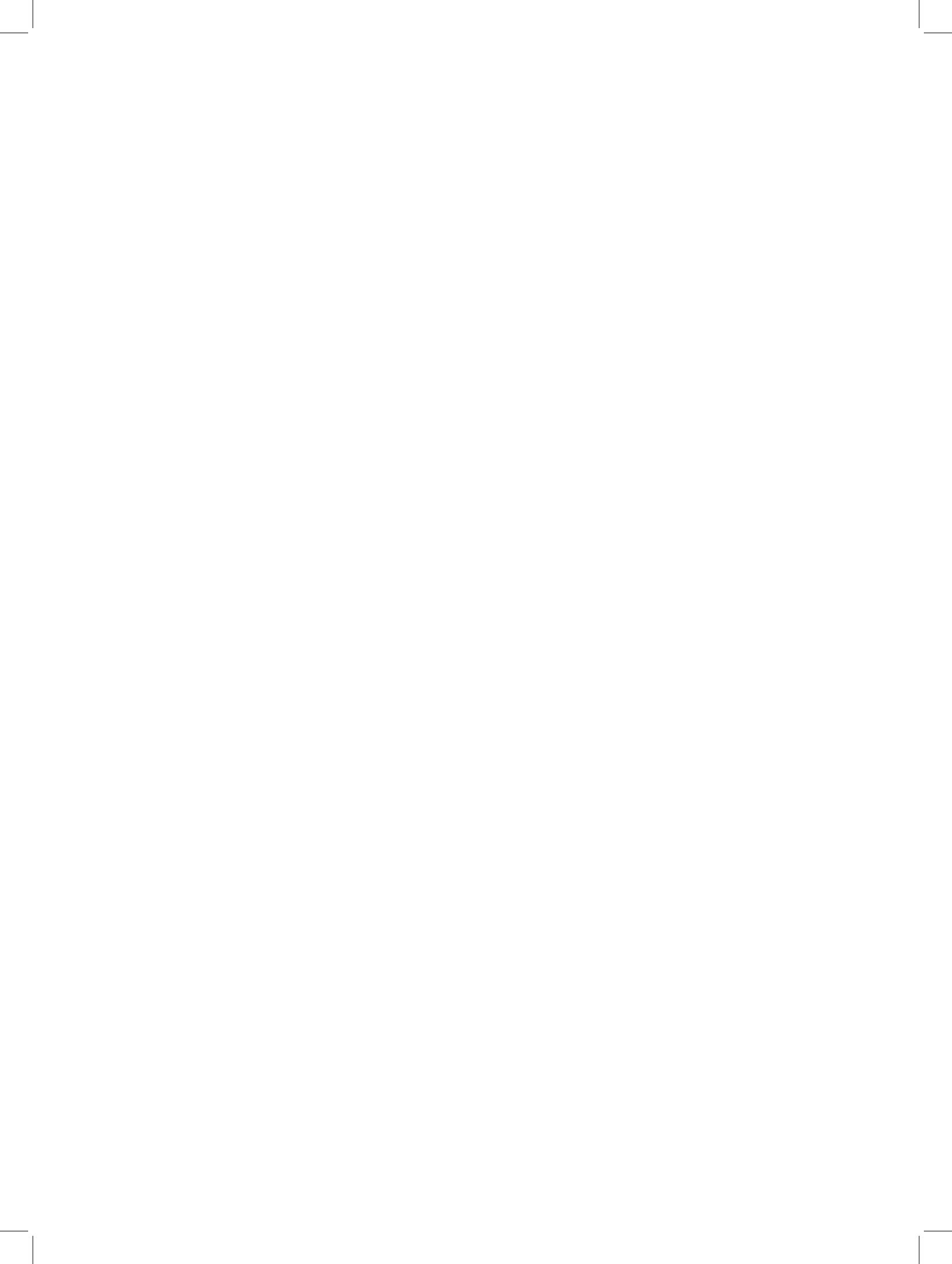
Relator: Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende

Auxílio-doença. Recebimento concomitante de benefício por incapacidade com remuneração de trabalho. Incapacidade comprovada, 232

Pedilef 0041655-88.2008.4.01.3400

Relator: Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende

Repositórios Oficiais de Jurisprudência.....233**Instruções Editoriais.....235**



Os três universos da liberdade na evolução do Estado

Paulo Bonavides*

No dia 1º de outubro do ano em curso, a Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires outorgou ao Professor Paulo Bonavides o título de Doutor *honoris causa* numa solenidade durante a qual o agraciado proferiu a seguinte oração:

A outorga deste galardão de doutor *honoris causa* pela gloriosa Universidade de Buenos Aires deveras me comove e penhora.

E digo que esta Universidade é gloriosa porque nenhuma república, nenhuma Faculdade de Direito, nenhuma instituição docente no mundo teve a honra de graduar, em suas salas acadêmicas, tantos presidentes constitucionais de uma nação quanto os que a UBA formou, e Ricardo Rabinovich, um dos vossos catedráticos, assinalou, em prólogo feliz, num dos livros da monumental Coleção intitulada *Reflexiones sobre Derecho Latinoamericano*, da iniciativa dos doutorandos desta Casa.

Demais disso, apraz-me ressaltar que entre as 14 personalidades que governaram a República Argentina e constaram dos quadros discentes da vossa Universidade, conforme destacou aquele eminente Professor, avulta a figura ímpar de Saavedra Lamas, o primeiro Prêmio Nobel da América Latina.

Pertencer pois a uma Universidade como esta, ter ingresso ao seu colégio de doutores honorários, compartilhar a distinção de frequentar-lhe a tribuna docente, tanto condecora um currículo como recompensa uma vocação!

Eis o juízo que faço dessa láurea, e o sentimento que me desperta no ânimo agradecido o título que me outorgastes.

Sentimento que traduz de minha parte a mesma afeição, a mesma simpatia, a mesma admiração que Rui Barbosa, o fundador da nossa república constitucional após a queda do Império, tinha pelo povo argentino e pela pátria do Libertador San Martín.

Buenos Aires, capital portenha, duas vezes lhe abriu as portas da hospitalidade ao acolher, com a generosidade de seu coração fraterno, aquele que foi no Brasil o preceptor constitucional das nossas liberdades públicas e dos nossos direitos fundamentais.

Primeira vez, em 1893, como perseguido da ditadura de Floriano, que conspirava para tirar-lhe a vida.

Segunda vez, como embaixador plenipotenciário da nação brasileira nos festejos comemorativos do centenário da independência de vossa Pátria, ocasião em que proferiu nesta catedral da ciência do Direito o célebre discurso sobre a paz, a guerra e a neutralidade.

Suas palavras fulminaram a conflagração de 1914 como um crime contra a humanidade, ficando gravadas nos anais desta academia onde Rui Barbosa discursou há cerca de cem anos.

Se já vos falei tanto do brasileiro que mais enalteceu a Argentina, louvando-lhe os valores de civilização e cultura, foi porque toda a doutrina dos meus livros, em matéria constitucional, deitou as primeiras raízes de inspiração no pensamento de liberdade e na pedagogia de constitucionalidade daquele que no Brasil se revelou, como já se disse, insigne jurisconsulto e mestre dos mestres.

Ao escrever em 1958 a tese do concurso de cátedra, o espelho onde vi, no rosto do liberalismo, o ocaso duma hegemonia de dois séculos, não foi outro senão a *Oração aos Moços*, obra prima de eloquência, de arte literária, de pensamento social, de doutrina política. A leitura dessa peça nos leva a colocá-lo entre os publicistas que mais cedo pressentiram o advento do Estado Social.

Veio este humanizar com a lei e a justiça as relações do capital e do trabalho. E assim inaugurar a era do constitucionalismo social, donde brotou, na contemporaneidade do século XXI, a teoria que funda a república da democracia participativa e da concretização dos direitos fundamentais sobre as bases da normatividade dos princípios.

A evolução constitucional das primeiras décadas do Terceiro Milênio me transmitem a impressão otimista de que em futuro não mui remoto se nos

* Jurista. Parecerista. Conferencista. Professor. Catedrático emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC. Doutor *honoris causa* pela Universidade de Lisboa, Universidade Federal do Rio de Janeiro, *Universidad Nacional de Córdoba* e Universidade de Buenos Aires (Argentina), *Universidad Inca Garcilaso de la Vega* (Lima, Peru) e Universidade de Fortaleza (Brasil).

depararão instituições reformadas e legítimas numa nova era emancipatória.

Contudo, essa caminhada rumo à república do porvir unicamente acontecerá se os timoneiros da jornada puderem associar e assimilar, por via dialética, os valores de alforria que jazem nos três universos da liberdade: o da liberdade antiga, uma tese: a coletividade; o da liberdade moderna, uma antítese: a pessoa humana, o indivíduo. Ali Platão e Hegel; aqui Sócrates e Cristo. Mas a partir daí o terceiro universo — da síntese — abrange o gênero humano, destinatário destas reflexões.

Do ponto de vista conceitual, a evolução do Estado já conheceu, portanto, dois universos da liberdade, que um publicista genial do liberalismo clássico do século XIX, Benjamin Constant, sem perceber-lhe talvez o teor de universalidade, os qualificou debaixo da designação de liberdade antiga e liberdade moderna.

O primeiro universo, o do Estado-cidade ou cidade-Estado, foi o da Grécia.

Culminou em Atenas com a democracia no século de Péricles e em Roma com a república no século de Cícero.

A Roma imperial pôs termo, porém, a esse primeiro universo da liberdade.

E a seguir, a sombra da servidão feudal, a noite de dez séculos que a Idade Média fora para a civilização, no dizer de Michelet, marcou o interregno entre os dois universos da liberdade: o da antiguidade e o da modernidade.

Começa o Estado moderno, no ocidente, com a soberania das realezas, com o absolutismo das monarquias de direito divino, antecessoras do segundo universo que emergiu na Inglaterra da “Gloriosa Revolução” de 1680, e, a seguir, no século XVIII, com a Constituição de Filadélfia e as Constituições da Revolução Francesa de 1791 e 1793, até expandir-se, por derradeiro, na Espanha de 1812, com a Constituição de Cádiz.

Nesse segundo universo a liberdade, de início, mais simbólica que efetiva, vive seu primeiro período. Tem sede em constituições programáticas e unicamente concretiza as premissas da reorganização jurídica da sociedade civil quando ingressa nos códigos do Estado liberal.

O segundo universo da liberdade na organização do Estado moderno se condensa nessa sinopse: soberania nacional, soberania popular,

forma representativa de governo, democracia indireta, separação de poderes, presidencialismo, parlamentarismo, federalismo, sistema de partido; todos esses componentes políticos percorrem, atravessam e padecem, na maioria dos Estados contemporâneos, a crise constituinte das instituições.

Mas, a nosso parecer, o constitucionalismo do século XXI, nos coloca às vésperas de inaugurar o terceiro universo da liberdade.

São prenúncios da nova era: a democracia participativa de um constitucionalismo em que já prepondera a normatividade dos princípios; um constitucionalismo de duas cidadanias: a cidadania política, por sem dúvida, a mais importante herança do liberalismo, e a cidadania social, dádiva emancipadora que a doutrina do Estado social nos legou. Com ela abriu-se a larga artéria por onde os direitos fundamentais das cinco dimensões já proclamadas hão de circular na esteira de sua concretização, nessa caminhada para a nação globalizadora do porvir.

O terceiro universo da liberdade se projeta assim na doutrina como aquele que estabelecerá o primado do constitucionalismo planetário, da paz, da justiça, da dignidade e da elevação moral do ser humano. Breve chegará o momento de trafegarmos da utopia de hoje à realidade de amanhã.

A aurora desse terceiro universo desponta por obra do pensamento e da prédica dos publicistas que confiam na legitimidade que redime, a qual não poderá ser outra senão a da democracia e da paz enquanto direitos fundamentais da derradeira dimensão.

Eles hão de governar toda a família humana, todos os povos, todas as nações numa aliança de perpétua solidariedade e numa relação de recíproca e eterna fraternidade.

Para tanto, a grande *pólis* do futuro convocará a constituinte dos povos, aquela que há de promulgar, com a unidade de seus valores, com a comunhão de suas ideias, com a validade de seus princípios, a Carta Magna da humanidade.

Desses tempos de alforria já nos acercamos dando, por exemplo, os primeiros passos rumo à integração das repúblicas do continente; um projeto desde muito consolidado na consciência moral, política e social de nossos povos irmãos.

É hora de volvermos à lição e ao exemplo dos Libertadores, que escreveram, com sua ação

revolucionária, os primeiros códigos constitucionais do contrato social no universo da liberdade moderna.

Transmite-nos a evolução do constitucionalismo e da doutrina, nas décadas iniciais do século XXI, a forte impressão de que o começo do Terceiro Milênio há de criar, no domínio político, instituições mais sólidas, de razão e legitimidade, capacitadas a antecipar a chegada duma nova idade libertadora, provida do mais alto teor de universalidade.

Não declinamos aqui a passagem duma utopia, senão que prognosticamos o percurso duma realidade.

Os três universos da liberdade fazem na evolução do Estado, no decorrer do tempo, a nova história constitucional duma humanidade, que tenazmente busca crescer em alforria e concretizar em instituições perenes a carta de seus direitos fundamentais.

Quero, em seguida, render aos queridos Professores Eugenio Raúl Zaffaroni, Jorge Reinaldo Vanossi, Raúl Gustavo Ferreyra, Ricardo Rabinovich-Berkman e Alberto Ricardo Dalla Via, minhas

homenagens, meu apreço, meu reconhecimento, minha gratidão, porquanto, deles partiu a iniciativa generosa de propor a concessão desse honroso e magno diploma que teve a aprovação unânime do Conselho Superior da Universidade de Buenos Aires.

As palavras acima, eu as faço extensivas, por igual, a todo o corpo docente e discente da UBA e a todos desta Casa por me haverem proporcionado hoje um dos momentos existenciais mais gratos e felizes de minha vida, de minha devoção ao magistério, do meu empenho em cultivar as letras jurídicas.

Por conclusão, eu vos digo:

A cerimônia desta noite nunca a perderei de memória, porque na memória habita a gratidão; a gratidão que tem na alma dos que a possuem a eternidade do tempo!

Minhas senhoras e meus senhores! Meus caros amigos, professores e estudantes da Universidade de Buenos Aires:

Muito obrigado!

O direito constitucional do magistrado ao mérito por cursos de aperfeiçoamento no contexto ético da deontologia funcional da magistratura

Antônio Souza Prudente*

Na linha determinante da garantia constitucional assegurada aos magistrados, no sentido de que a aferição de seu merecimento opera-se em função do desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento (CF, art. 93, inciso II, alínea c), afigura-se legítimo o afastamento temporário do juiz de suas atividades judicantes para participar de cursos de reconhecido aperfeiçoamento, como instrumentos indispensáveis à formação de seu merecimento, que se afere por seu bom desempenho nas atividades judicantes, através de sua produtividade nos atos de julgar, como resultante de sua presteza no exercício da jurisdição, o que se determina somente por sua frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos como de aperfeiçoamento no Brasil ou no exterior, como assim também determinam os comandos normativos do art. 73, inciso I, da Lei Complementar 35, de 14/03/1979 (Loman), no sentido de que

[...] conceder-se-á afastamento ao magistrado, sem prejuízo de seus vencimentos e vantagens, para frequência a cursos ou seminários de aperfeiçoamento e estudos, a critério do Tribunal ou de seu órgão especial, pelo prazo máximo de 2 (dois) anos [...].

Nesse formato constitucional, a Carta Magna da República Federativa do Brasil ofertou ao juiz um círculo objetivamente virtuoso, para sua promoção por merecimento, condicionando sua atividade judicante ao aperfeiçoamento permanente através do acesso aos saberes obtidos em cursos de reconhecida credibilidade acadêmica, na configuração da deontologia da magistratura, no propósito ético-funcional de que

[...] o magistrado deve facilitar e promover, na medida do possível, a formação dos outros membros do órgão judicial, devendo manter um ambiente

de colaboração ativa em todas as atividades que conduzem a formação judicial [...] (arts. 33 e 34 do Código de Ética da Magistratura).

Nesse contexto, a Constituição traçou o perfil do juiz luminoso e de luz própria, apto a ser produtivo, com segurança e presteza no ato de julgar, para a melhor distribuição de justiça, na realização de processos justos.

A produtividade do juiz não se mede por resultantes estatísticas, mas por razoáveis soluções de justiça no tempo oportuno. O juiz sem saberes não se torna um solucionador de lides, mas um hábil extintor de processos, para a limpeza estéril de gabinetes. Não é isto que se espera de um bom juiz, no perfil constitucional da promoção por merecimento, que do Diploma Fundamental resulta expressamente prevista.

No julgamento do Procedimento Administrativo 0008741-61.2016.4.01.8000 – TRF 1ª Região, seguindo a linha de convicção já firmada no Procedimento Administrativo 000636-87.2015.4.01.8014 – TRF/1ª Região, a Corte Especial Administrativa deste egrégio Tribunal decidiu, por maioria, nos termos seguintes:

Constitucional e Administrativo. Magistratura Federal. Afastamento para fins de realização do curso de mestrado na faculdade de direito da Universidade de Stamford (Stamford Law School), nos Estados Unidos da América. Não implementação do interstício mínimo previsto em atos infralegais. Possibilidade do aperfeiçoamento do magistrado, por determinação constitucional (CF, art. 93, inciso I, alínea "c") e do conseqüente diálogo das fontes normativas válidas em proteção do pleito autoral. I - Na linha determinante da garantia constitucional assegurada ao magistrado, no sentido de que a aferição do seu merecimento opera-se em função do desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento (CF, art. 93, inciso I, alínea c), afigura-se legítimo o afastamento postulado nos autos, no sentido de autorizar-se a magistrada requerente a participar de curso de mestrado, na Faculdade de Direito da Universidade de Stamford (*Stamford Law School*), nos Estados Unidos da América, independentemente do interstício mínimo previsto em atos infralegais de estrutura normativa anã e, desgarrados do legítimo

*Graduado no curso de Direito do Largo São Francisco (Arcadas/USP). Professor decano do curso de Direito da Universidade Católica de Brasília. Mestre e doutor em Direito Público-Ambiental pela Universidade Federal de Pernambuco.

diálogo das fontes normativas válidas por dedução constitucional, mormente em face da expectativa de futuro retorno intelectual em proveito da melhor prestação jurisdicional, que há de prevalecer sobre formalismos secantes, eventualmente inibidores e desestimuladores do potencial científico daí decorrente. II - Pedido de afastamento deferido, nos termos do pedido alternativo formulado pela Juíza requerente, com base no artigo 11, inciso X, do RITRF/1ª Região, na linha de eficácia plena do referido preceito constitucional, visando o proveito maior da Justiça (Julgado em 16/06/2016. Relator p/ acórdão e Corregedor em exercício Desembargador Federal Souza Prudente).

A função da magistratura não está conceituada, literalmente, nem no texto da Carta Política Federal nem também no texto da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Contudo, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, traça o perfil do magistrado no contexto das tutelas fundamentais estabelecidas no capítulo dos direitos e garantias postas na Constituição. Destaco especificamente a norma do art. 5º, inciso XXXV, na dicção de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer ameaça ou lesão a direito. Leia-se, nessa determinação constitucional, a definição da magistratura como sendo aquela vocacionada à proteção dos direitos estabelecidos na própria Constituição. Se alguém pensa que é juiz pelo simples fato de ser aprovado no difícil concurso da magistratura está completamente enganado. Nós nos habilitamos à nobre função da magistratura quando somos aprovados nesse difícil concurso, e *passamos a exercer a magistratura, com senso de justiça, buscando a cada dia a necessária habilitação de ser juiz comprometido com decisões justas, para implementar a prova final da magistratura, que não depende de uma comissão examinadora restrita, mas sim de uma banca examinadora difusa, que é a sociedade destinatária de nossas decisões no exercício da magistratura. Esta é a prova que denomino de legitimação popular do juiz*, no contexto da República Federativa do Brasil, em que

a vontade soberana é a do povo, e não dos órgãos estatais.

A rigor, não somos juízes, apenas quando assumimos o honroso cargo da magistratura, com juramento solene de cumprir e fazer cumprir a Constituição da República e as leis do País. *É preciso, sobretudo, realizar a promessa constitucional, de garantir a todos o acesso pleno e oportuno à Justiça, legitimando-se perante a soberania popular, com a constante produção de decisões justas, a definir a prova final da magistratura, no mais elevado grau de tutelar direitos e distribuir sempre a tão almejada Justiça (CF, art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII).*

O juiz que não estuda jamais será um bom juiz. Somente o acesso aos saberes cientificamente adquiridos torna-lo-á apto na arte de bem julgar e de distribuir a todos a melhor justiça em tempo razoável. O juiz que não estuda logo se torna um inábil prepotente, sem a aptidão necessária para a realização dos singelos propósitos da Justiça. Afinal, o juiz que não estuda toma posse do cargo público como um deus, para negar justiça no trono de sua ignorância.

Nesse visor constitucional de efeitos liberatórios da atividade judicante, mediante a frequência a cursos de aperfeiçoamento pelo magistrado vocacionado aos propósitos da justiça, não há como aprisioná-lo nas amarras infralegais de estrutura normativa anã, sem âncoras constitucionais e plenamente desgarradas do legítimo diálogo das fontes normativas válidas, por autorizada exegese da norma fundamental, mormente em face da expectativa maior que dali resulta em termos de futuro retorno intelectual e moral do magistrado, em proveito de uma melhor atividade jurisdicional a serviço da Justiça, que há de prevalecer sobre formalismos secantes, sempre inibidores e desestimulantes do potencial científico, de que é portador o autêntico juiz, constitucionalmente sonhado pelo povo do Brasil.

Brasília (DF), em 30 de julho de 2016.

Inteligência do art. 11 da Lei 13.254/2016 sobre repatriação de valores

Ives Gandra da Silva Martins*

Tema que tem levantado dúvidas sobre sua constitucionalidade e que merece uma leitura construtiva, diz respeito à repatriação de valores concernentes a políticos não investigados ou denunciados, com recursos no exterior anteriores a seu ingresso na vida pública.

Antes de abordar este tema, entretanto, algumas considerações preliminares fazem-se necessárias.^{1 2}

A primeira delas é para solução da matéria objeto da Lei 13.254/2016, propus solução mais adequada, que poderia ter evitado qualquer questionamento judicial, muito embora os questionamentos que surgiram acerca do texto promulgado sejam, a meu ver, improcedentes e sem viabilidade de proteção jurisdicional.

Sugeri, apenas, que fosse extinta qualquer penalidade, mediante o pagamento do tributo e multa de mora, algo que é previsto para adimplir espontaneamente qualquer tributo não declarado ou em atraso.

Escrevi:

Parece-me que a solução ideal seria outra. Pagamento integral do imposto de renda (27,5%), com

a multa moratória prevista na legislação, no caso de denúncia espontânea, como faria qualquer pessoa que tivesse que pagar o imposto em atraso, antes de fiscalização. Eliminada estaria qualquer outra punição. Não haveria nenhum privilégio para quem enviou dinheiro para fora (imposto mais multa moratória) e a própria extinção da punibilidade, que já é prevista na legislação aplicável, estender-se-ia a outras eventuais infrações decorrentes da remessa irregular. À evidência, dinheiro resultante de narcotráfico, corrupção ou terrorismo não seria anistiado criminalmente, nem gozaria da possibilidade de repatriação, pois deveria ser inteiramente confiscado. Parece-me uma solução mais justa, que poderia fortalecer o conturbado caixa do governo, enquanto não resolver enxugar a esclerosada máquina, libertando-se dos mais de cem mil “amigos do rei” (comissionados) que incham as estruturas burocráticas da União [...]”³.

Ninguém contestaria.

A fórmula adotada, todavia, não é ilegal e, nada obstante ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Partido Popular Socialista esteja em tramitação perante o Pretório Excelso, a fragilidade de seus argumentos não me fazem vislumbrar provimento. Assim sendo, a solução aprovada pelo Parlamento brasileiro e sancionada pela presidente parece-me correta⁴.

* Professor emérito das Universidades Mackenzie, Unip, Unifio, UNIFMU, do CIEE/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – Eceme, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal 1ª Região. Professor honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Doutor *honoris causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e Rio Grande do Sul, e catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomércio – SP. Fundador e presidente honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU/ Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS.

¹ O art. 1º, *caput*, da Lei 13.254/2016 tem a seguinte dicação: “Art. 1º É instituído o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), para declaração voluntária de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados com omissão ou incorreção em relação a dados essenciais, remetidos ou mantidos no exterior, ou repatriados por residentes ou domiciliados no País, conforme a legislação cambial ou tributária, nos termos e condições desta Lei.”

² O § 5º do art. 1º da referida lei está assim redigido: “§ 5º Esta Lei não se aplica aos sujeitos que tiverem sido condenados em ação penal: I - (VETADO); e II - cujo objeto seja um dos crimes listados no § 1º do art. 5º, ainda que se refira aos recursos, bens ou direitos a serem regularizados pelo RERCT” (grifos meus).

³ Art. A polémica de um projeto necessário (*Jornal Folha de S. Paulo* – 17/08/2014, p. 3 – Opinião).

⁴ A procedência pedida na ação é a seguinte: “(iv.i) declarar a inconstitucionalidade do artigo 4º, §1º, da Lei nº 13.254, de 13.01.2016; ou, subsidiariamente, dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 4º, §1º da Lei nº 13.254, de 13.01.2016, para fixar o entendimento que: as informações constantes na declaração não poderão ser utilizadas como único indício ou elemento para efeitos de investigação criminal, *excetuados os casos de crime de lavagem de dinheiro e seu respectivo crime antecedente quando o capital não tiver origem nos crimes previstos no artigo 5º, §1º, incisos 1 a VI da Lei.* (iv.ii) declarar a inconstitucionalidade do artigo 6º da Lei nº 13.254, de 13.01.2016; ou, subsidiariamente, dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 6º da lei nº 13.254, de 13.01.2016, para fixar o entendimento que: o montante dos ativos declarador pelo contribuinte que aderir ao RERCT estará sujeito ao pagamento de imposto de renda à *alíquota padrão*, vigente em 31.12.2014, respeitada a progressividade regularmente definida. (iv.iii) dar Interpretação conforme a Constituição ao artigo 1º, §1º e ao artigo 2º, inciso 1 da Lei nº 13.254, de 13.01.2016, para fixar o entendimento que: o RERCT aplica-se aos residentes ou domiciliados no País em 31.12.2014 que tenham sido ou ainda sejam proprietários ou titulares de ativos, bens ou direitos no período entre 01.01.2010 e 31.12. 2014, ainda que, nessa data, não possuam saldo de recursos

A segunda observação é que, uma vez demonstrada a licitude dos recursos não declarados, todos os que estiverem em igual condição terão que se beneficiar dos mesmos direitos, por força do inciso II do art. 150 da CF, assim redigido:

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

[...]

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

[...].

Interpretei-o como se segue:

Equivalente é um vocábulo de densidade ôntica mais abrangente do que "igual". A igualdade exige absoluta consonância em todas as partes, o que não é da estrutura do princípio da equivalência. Situações iguais na equipolência, mas diferentes na forma, não podem ser tratadas diversamente. A equivalência estende à similitude de situações a necessidade de tratamento igual pela política impositiva, afastando a tese de que os desiguais devem ser tratados, necessariamente, de forma desigual. Os desiguais, em situação de aproximação, devem ser tratados, pelo princípio da equivalência, de forma igual em matéria tributária, visto que a igualdade absoluta, na equivalência não existe, mas apenas a igualdade na equiparação de elementos (peso, valor etc.). Qual foi a razão para tal elasticidade ofertada pelo constituinte, para proteção dos contribuintes, vedando ao Poder Tributante adoção de técnica diversa?

A tradição brasileira de pouco respeito aos direitos dos cidadãos em matéria tributária –o Presidente Collor acaba de pedir ao Congresso a redução dos direitos dos contribuintes para fazer uma reforma tributária, que tem na essência o princípio de "maiores tributos, menores direitos"–, certamente levou o constituinte a amarrar os poderes tributantes (três sobre o mesmo "pagador de tributos") aos grilhões seguros do princípio da igualdade, evitando simultaneamente: a) que, a título de tratamento desigual dos desiguais, se multiplicassem as hipóteses de situações diversas para neutralização do princípio da igualdade; b) servisse a redução legislativa do princípio da

igualdade como forma de tratamento aplicável às perseguições fiscais em relação a setores, que estivessem em conflito com os governos.

Entendo ter sido esta a razão fundamental que levou o constituinte, em relação ao princípio da igualdade, seja em seu aspecto subjetivo, seja naquele objetivo, a proteger todos os contribuintes contra o tratamento desigual, exigindo que este tratamento deva ser igual não apenas para situações iguais, mas para situações equiparadas, equivalentes, com núcleo comum de identidade. Compreende-se assim porque o discurso do inc. II é concluído com a afirmação de que a situação equivalente será detectada independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos dos contribuintes.

Em outras palavras, quaisquer que sejam os contribuintes, quaisquer que sejam os fatos imponíveis, o tratamento isonômico se impõe, vedada qualquer forma de atuação discriminatória [...] ⁵.

Com efeito, todos os contribuintes que se encontrem em

"situação equivalente" ⁶

para gozar de um benefício ou cumprir uma obrigação, devem ser tratados igualmente, nenhum deles

⁵ *Revista Trimestral de Jurisprudência* v. 93, pp. 75-77 e *Caderno de Pesquisas Tributárias 17, Co-edição CEU/Resenha Tributária, 1992, pp. 19-21.*

⁶ O Ministro Moreira Alves, ao proferir palestra no XVII Simpósio Nacional de Direito Tributário do CEU – Escola de Direito, assim se refere ao meu trabalho:

"A 4ª. indagação me pareceu também bastante imaginosa: 'Havendo identidade de benefícios, é constitucional a previsão de alíquotas mais elevadas para a contribuição sobre o lucro e sobre a folha de salários devida por contribuintes pertencentes a determinados setores da atividade econômica?'

Como quanto às contribuições a que alude o art. 149 não se faz alusão apenas aos princípios que são aplicáveis, mas se alude expressamente a princípios que não são aplicáveis, surge então o problema de saber se os outros, que não foram expressamente definidos como aplicáveis, se aplicariam ou não se aplicariam.

E aí o problema está, de certa forma, também entrosado com essa questão, porque o inciso II do art. 150 diz da vedação a tratamento desigual, mas não diz que não possa haver esse tratamento em razão de determinados setores da atividade econômica. (IVES diz que a expressão 'equivalente' é mais ampla do que 'igualdade'). Surge então o problema de se saber se esse inciso II seria aplicável às contribuições sociais, tendo em vista a circunstância de que o artigo 149 não alude a ele, mas somente aos incisos I e III desse mesmo artigo 150. *E aí se pergunta: e o inciso II, com isso estaria excluído? A expressão 'equivalente' não teria sido posta para justamente afastar a rigidez da igualdade?"* (grifos meus) (Conclusões do XVII Simpósio publicadas no Caderno de Pesquisas Tributárias, v. 18, Princípios Constitucionais Tributários, coordenação geral de Ives Gandra Martins, coed. Ed. Resenha Tributária e Centro de Extensão Universitária – CEU – Escola de Direito, São Paulo, 1993, p. 649).

ou título de propriedade de bens e direitos" (trecho constante do material a que tive acesso).

podendo ser discriminado, pois a Lei Suprema, como *cláusula pétrea*, proíbe distinção em razão de

“ocupação profissional

ou

“função exercida”,

independentemente da denominação jurídica

dos rendimentos,

titulares

ou

outros”.

Cláusula pétrea, por força do § 4º, inciso IV, do art. 60 da Carta Maior, tal dispositivo vai além da proteção ao princípio da igualdade (similitude absoluta entre elementos), estendendo-se ao da equivalência (similitude por assemelhação)⁷.

Por tal princípio, na época de obtenção de recursos ou patrimônio com origem lícita, embora não declarados à Receita, *todos aqueles* que assim agiram sem qualquer impedimento de natureza legal estão rigorosamente habilitados para usufruto da lei, mesmo que, posteriormente, possam ter incorrido em ações que possam ser consideradas impeditivas de tal gozo, *mas que não tiveram qualquer influência na aquisição dos bens objeto da concessão legislativa*, no momento em que foram adquiridos.

Admitindo, por hipótese extrema e para fins de mera argumentação, que alguém obtivesse recursos

lícitos, sem nunca os ter utilizado, mas também não declarados, e que viesse a se tornar, posteriormente, um narcotraficante, deveria ser punido pelos crimes decorrentes do narcotráfico, mas não poderia ser excluído de benefícios da Lei 13.254/2016, pois a origem de seus recursos teria sido lícita e eles não teriam sido utilizados para a prática de suas operações criminosas.

A própria exposição de motivos da referida Lei esclarece:

Em seu art. 1º, o projeto de lei destaca que o regime de regularização apenas se aplica aos ativos, bens ou dinheiro que sejam provenientes de atividade lícita, mas cuja existência não tenha sido declarada em tempo aos órgãos públicos brasileiros. *Estão totalmente excluídas do âmbito da norma quaisquer condutas que envolvam: tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; terrorismo e seu financiamento; contrabando ou tráfico de armas; extorsão mediante sequestro; crimes contra a administração pública; crime contra o sistema financeiro nacional; organizações criminosas; crimes de particular contra a administração pública estrangeira; entre outros recursos financeiros que sejam provenientes de atos criminosos [...] (grifos meus)*⁸.

A Exposição de Motivos declara que tais recursos se

“provenientes de atos criminosos”

inviabilizam o gozo dos benefícios da lei.

A *contrario sensu*, a exposição está dizendo que, se os recursos, independentemente da condição do agente, forem legítimos, o gozo de tais estímulos está assegurado. Quem exerceu função pública não era narcotraficante ou terrorista à época, teria que ter tratamento rigoroso, igual o de todos os outros contribuintes pelo princípio da equivalência. A eles não se aplicaria o art. 11 da Lei 13.254/2016, que adiante comentarei.

É que, pelo princípio da equivalência constitucional, o que prevalece é a igualdade na condição tipificada no momento da ação, e não na conduta posterior do agente. A primeira ação — obtenção de recursos — terá que ter tratamento jurídico absolutamente igual ao dispensado a qualquer outro contribuinte colocado em idêntica situação

⁷ Prova de adoção do “princípio da equivalência” mais amplo pelo STF é o acórdão abaixo ementado:

'Isonomia tributária e Possibilidade de tratamento peculiar devido às características próprias das Sociedades de profissionais liberais: STF - Os §§ 1º e 3º do art. 9º do DL 406/68, que tratam do ISS devido por sociedades civis prestadoras de serviços profissionais, foram recebidos pela CF/88. Com esse entendimento, o Tribunal manteve acórdão do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná que reconheceu à sociedade de advogados o direito de recolher o ISS pelo regime fixo anual calculado com base no número de profissionais habilitados, negando a pretensão do Município de Curitiba no sentido de cobrar o ISS sobre o rendimento bruto da sociedade, recolhido mensalmente. *Afastou-se as alegações de ofensa ao Princípio da isonomia tributária (CF, art. 150, II) uma vez que os mencionados dispositivos não configuram isenção, sequer parcial, mas sim tratamento peculiar devido às características próprias das sociedades de profissionais liberais, tendo em vista a responsabilidade pessoal de cada profissional. Refutou-se ainda as pretendidas violações ao princípio da capacidade econômica (CF, art. 145, § 1º) e à proibição de instituir isenções de tributos da competência dos municípios imposta à União (CF, art. 151, III) (STF, 2ª T., REExt. Nº 236.604/PR – Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 26/05/1999, Informativo STF, nº 151) (grifos meus) (Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, 9. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 1773).*

⁸ PL 2960/2015 da Lei 13.254/2016.

quanto à origem de recursos, *que devem ser sempre lícitos*.

Alguém que ingressou na política após ter auferido recursos de *origem lícita* poderá usufruir dos benefícios de lei, pois a única condição é, precisamente, a licitude da origem de seus recursos.

Mais do que isto, se a própria lei fizesse discriminações, seria inconstitucional, pois não poderia criar qualquer desigualdade não permitida pela Lei Suprema⁹.

Todos, em condições idênticas ou equivalentes, no momento de obtenção de recursos ou patrimônio não declarados, devem ter idêntico tratamento, por força do inciso II do art. 150 da CF, que é norma imodificável da Lei Maior, não podendo ser excluídos do benefício por legislação infraconstitucional¹⁰.

⁹ Yonne Dolácio de Oliveira ensina:

“3.2. Princípio da igualdade que postula os mesmos gravames tributários para os governados que se encontrem nas mesmas condições. Princípio antigo, reconhecido como de igualdade relativa, é, em geral, visto em correlação com 2 outros: o princípio da generalidade, que veda a exclusão de governados da imposição tributária, em razão de privilégio de classe, religião, raça, etc.; o princípio da capacidade econômica ou contributiva, cuja complexidade não leva a uma conclusão unânime, mas pode ser visto como critérios de distribuição das cargas tributárias, por exemplo, potencialidade econômica efetiva dos contribuintes, ou grau da sua participação na fruição dos serviços públicos. Pinheiro Xavier, após salientar que a justiça tributária está na base do princípio da igualdade, ressalta que esta, na criação e majoração dos impostos, tem um aspecto positivo - a adoção do critério da capacidade econômica - e um aspecto negativo que exige a exclusão de qualquer outro critério baseado no sexo, na raça ou até na nacionalidade.

O princípio da igualdade visto em co-implicação com o da generalidade – todos devem suportar a carga tributária, afastados quaisquer privilégios comporta exceção consubstanciada nas desonerações tributárias. As imunidades, definidas na Constituição, são poucas e trazem a suposição de um exame a nível nacional e sistemático. Todavia, isenções, redução da base de cálculo, de alíquota etc. têm grande implicação com o princípio da generalidade, postulando cuidados especiais” (Curso de direito tributário, Ed. Saraiva/Centro de Extensão Universitária/Fund. Inst. de Ensino para Osasco, São Paulo, 1982, p. 4).

¹⁰ O princípio é universal nos regimes desonerativos. Lembro que Antonio Castagno sobre o princípio da igualdade escreve:

“En el mismo sentido, el doctor Linares Quintana sostiene que ‘la igualdad es la segunda columna - la libertad es la primera y el imperio de la ley la tercera - que sostiene el edificio de gobierno constitucional y, por otra parte, no es sino una consecuencia necesaria de la libertad. Es la noble igualdad de que habla nuestro himno. Es la médula espinal, pues, de un Estado de Derecho.

Y así como los hombres han de ser iguales ante la ley, la justicia, los impuestos y cargas públicas, también han de ser iguales los pueblos, formando un conjunto de entidades consideradas con iguales derechos e iguales posibilidades de progreso. Que no existan individuos sometidos a otros es de la esencia de la

Lembro que a lei define as hipóteses em que é permitido usufruir de seus benefícios, nos arts. 1º, 2º e 3º, assim como sua não aplicação aos casos do § 5º do art. 1º e do art. 11 da referida Lei¹¹.

democracia; que no haya pueblos inferiores es la esencia dela paz y la convivencia” (Enciclopédia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Ed. Analo, 1974, v. 14, p. 915-6).

¹¹ Reproduzo os referidos artigos:

“Art. 1º É instituído o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), para declaração voluntária de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados com omissão ou incorreção em relação a dados essenciais, remetidos ou mantidos no exterior, ou repatriados por residentes ou domiciliados no País, conforme a legislação cambial ou tributária, nos termos e condições desta Lei.

[...]

§ 5º Esta Lei não se aplica aos sujeitos que tiverem sido condenados em ação penal:

I - (VETADO); e

II - cujo objeto seja um dos crimes listados no § 1º do art. 5º, ainda que se refira aos recursos, bens ou direitos a serem regularizados pelo RERCT.

Art. 2º Consideram-se, para os fins desta Lei:

I - recursos ou patrimônio não declarados ou declarados com omissão ou incorreção em relação a dados essenciais: os valores, os bens materiais ou imateriais, os capitais e os direitos, independentemente da natureza, origem ou moeda que sejam ou tenham sido, anteriormente a 31 de dezembro de 2014, de propriedade de pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País;

II - recursos ou patrimônio de origem lícita: os bens e os direitos adquiridos com recursos oriundos de atividades permitidas ou não proibidas pela lei, bem como o objeto, o produto ou o proveito dos crimes previstos no § 1º do art. 5º;

III - recursos ou patrimônio repatriados objeto do RERCT: todos os recursos ou patrimônio, em qualquer moeda ou forma, de propriedade de residentes ou de domiciliados no País, ainda que sob a titularidade de não residentes, da qual participe, seja sócio, proprietário ou beneficiário, que foram adquiridos, transferidos ou empregados no Brasil, com ou sem registro no Banco Central do Brasil, e não se encontrem devidamente declarados;

IV - recursos ou patrimônio remetidos ou mantidos no exterior: os valores, os bens materiais ou imateriais, os capitais e os direitos não declarados ou declarados com omissão ou incorreção em relação a dados essenciais e remetidos ou mantidos fora do território nacional;

V - titular: proprietário dos recursos ou patrimônio não declarados, remetidos ou mantidos no exterior ou repatriados indevidamente.

Art. 3º O RERCT aplica-se a todos os recursos, bens ou direitos de origem lícita de residentes ou domiciliados no País até 31 de dezembro de 2014, incluindo movimentações anteriormente existentes, remetidos ou mantidos no exterior, bem como aos que tenham sido transferidos para o País, em qualquer caso, e que não tenham sido declarados ou tenham sido declarados com omissão ou incorreção em relação a dados essenciais, como:

I - depósitos bancários, certificados de depósitos, cotas de fundos de investimento, instrumentos financeiros, apólices de seguro, certificados de investimento ou operações de capitalização, depósitos em cartões de crédito, fundos de aposentadoria ou

Dedicar-me-ei, pois, à luz das premissas estabelecidas nas considerações iniciais, a examinar tais artigos.

O art. 1º da Lei 13.254/2016, retro citado, claramente, impõe, como primeira condição para usufruir dos benefícios da lei, que os recursos sejam

“de origem lícita”,

esclarecendo que tais recursos teriam que ter sido

“não declarados”

ou declarados

“com omissão”

ou

“incorreção”

em relação a

“dados essenciais”,

“remetidos”

ou

“mantidos”

ou

“repatriados”

por

“residentes”

ou

“domiciliados no país”,

conforme a legislação

pensão;

II - operação de empréstimo com pessoa física ou jurídica;

III - recursos, bens ou direitos de qualquer natureza, decorrentes de operações de câmbio ilegítimas ou não autorizadas;

IV - recursos, bens ou direitos de qualquer natureza, integralizados em empresas estrangeiras sob a forma de ações, integralização de capital, contribuição de capital ou qualquer outra forma de participação societária ou direito de participação no capital de pessoas jurídicas com ou sem personalidade jurídica;

V - ativos intangíveis disponíveis no exterior de qualquer natureza, como marcas, *copyright*, *software*, *know-how*, patentes e todo e qualquer direito submetido ao regime de *royalties*;

VI - bens imóveis em geral ou ativos que representem direitos sobre bens imóveis;

VII - veículos, aeronaves, embarcações e demais bens móveis sujeitos a registro em geral, ainda que em alienação fiduciária;

VIII - (VETADO); e

IX - (VETADO);

“Art. 11. Os efeitos desta Lei não serão aplicados aos detentores de cargos, empregos e funções públicas de direção ou eletivas, nem ao respectivo cônjuge e aos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, na data de publicação desta Lei.”

“cambial ou tributária”

de regência.

A litude deve corresponder ao acatamento das regras do direito privado, que não podem ser alteradas pela legislação tributária, conforme preceituam os arts. 109 e 110 do CTN ¹².

Se tais operações forem legítimas do ponto de vista da lei civil, serão, necessariamente, para efeitos da disciplina da lei, consideradas lícitas.

Como se percebe, os recursos ou o patrimônio envolvidos não podem ter como origem, por exemplo, a prática de terrorismo, narcotráfico ou corrupção.

É de se lembrar que tais expressões sequer constam da lei para exclusão dos benefícios. Só da Exposição de Motivos.

O elemento essencial a ser analisado no dispositivo fulcral de toda a lei é, pois, a *origem dos recursos*. Sendo lícita, não há o que se discutir. A condição do agente que os obteve é fator despidendo, pois a lei apenas exige que a origem dos recursos seja lícita.

À evidência, mesmo em se tratando de negócio com origem lícita, se o dinheiro utilizado para sua celebração não for lícito, isto é, estiver envolvido, ainda que indiretamente, em crimes de que tiver resultado condenação ou decorrer de uma das três chagas que os governos em todo o mundo têm procurado combater (corrupção, narcotráfico e crimes paralelos, assim como o terrorismo), a origem poderá ser diretamente lícita, mas ilícita indiretamente. Entendo que, para estas hipóteses, a lei considera não lícita a origem¹³ desde

¹² Os artigos citados estão assim dispostos:

“Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”.

¹³ A interpretação do direito impõe ao intérprete buscar o sentido da lei. Lembra Carlos Maximiliano que:

“7 — Não basta conhecer as regras aplicáveis para determinar o sentido e o alcance dos textos. Parece necessário reuni-las e, num todo harmônico, oferecê-las ao estudo, em um encadeamento lógico.

‘A memória retém com dificuldade o que é acidental; por outro lado, o intelecto desenvolve dia a dia o logicamente necessário, como

que tenha havido condenação pelos crimes elencados no art. 2º, inciso II.

É esta a leitura que fica do art. 2º, nada obstante a sua amplitude, ao definir o tipo de recursos, de patrimônio e sua origem, principalmente no inciso II, cuja dicção repito:

Art. 2º Consideram-se, para os fins desta Lei:

[...]

II - recursos ou patrimônio de origem lícita: os bens e os direitos adquiridos com recursos oriundos de atividades permitidas ou não proibidas pela lei, bem como o objeto, o produto ou o proveito dos crimes previstos no § 1º do art. 5º; [...].

Nada obstante o triste retrato que a operação Lava Jato está a desventrar sobre o nível de corrupção existente no País — discordo apenas da tipificação adotada pelo Juiz Sérgio Moro, pois creio que a figura é de concussão e não de corrupção — ainda acredito que a maioria dos políticos e servidores públicos não é corrupta¹⁴.

Pelo texto legal, todavia, mesmo que o agente seja um político ou um servidor público corrupto, se a origem do patrimônio for lícita, e não produto da corrupção, sendo “a não declaração” a única irregularidade sanável pela Lei 13.254/2016, poderá usufruir de seus benefícios, pois cuida a lei da origem dos recursos, apenas excluindo do benefício as hipóteses do § 5º do art. 1º, como redigido abaixo, em havendo condenação:

[...] § 5º Esta Lei não se aplica aos sujeitos que tiverem sido condenados em ação penal¹⁵,

consequência, evidente por si mesma, de um princípio superior. A abstração sistemática é a lógica da ciência do Direito. Ninguém pode tornar-se efetivo senhor de disposições particulares sem primeiro haver compreendido a milimoda variabilidade do assunto principal na singularidade de ideias e conceitos da maior amplitude; ou, por outras palavras, na simples unidade sistemática” (Hermenêutica e aplicação do Direito, 9ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 5).

¹⁴ Parecer neste sentido, elaborado por Antonio Cláudio Mariz de Oliveira e por mim, publicado na *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 152, nov. 2015, pp. 135-160 e na *Revista dos Tribunais*, 960, outubro 2015, pp. 299-360.

¹⁵ É de se lembrar que em Direito Tributário, a hermenêutica impõe sempre a interpretação, nos casos de dúvida, a mais favorável ao contribuinte, estando o art. 112 do CTN assim redigido:

“Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

e do art. 11, cuja dicção repito:

Art. 11. Os efeitos desta Lei não serão aplicados aos detentores de cargos, empregos e funções públicas de direção ou eletivas, nem ao respectivo cônjuge e aos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, na data de publicação desta Lei.

É interessante que a hipótese mencionada no referido parágrafo abrange aquelas do § 1º do art. 5º, este assim redigido:

§ 1º O cumprimento das condições previstas no caput antes de decisão criminal, em relação aos bens a serem regularizados, extinguirá a punibilidade dos crimes previstos:

I - no art. 1º e nos incisos I, II e V do art. 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990;

II - na Lei no 4.729, de 14 de julho de 1965;

III - no art. 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - nos seguintes arts. do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), quando exaurida sua potencialidade lesiva com a prática dos crimes previstos nos incisos I a III:

a) 297;

b) 298;

c) 299;

d) 304;

V - (VETADO);

VI - no caput e no parágrafo único do art. 22 da Lei no 7.492, de 16 de junho de 1986;

VII - no art. 1º da Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, quando o objeto do crime for bem, direito ou valor proveniente, direta ou indiretamente, dos crimes previstos nos incisos I a VI;

VIII - (VETADO).

A análise dos dois dispositivos impõe a adoção do disposto no art. 111 do CTN, que sujeita à interpretação literal a norma que trate de dispensa de obrigações acessórias, suspensão ou exclusão de tributo ou outorga de isenção. Ou seja, a interpretação no tocante a essas matérias há de ser estrita, ou seja, vinculada *exclusivamente aquilo que está previsto na lei*. Não se trata, portanto, de exegese meramente gramatical.

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.”

A doutrina considera que se trata de interpretação sistemática, mas com conteúdo não extensivo.

Ora, no caso concreto da Lei de Repatriação, a clareza dos termos de *inclusão e exclusão*, permite a aplicação do art. 111 do CTN, sem qualquer esforço exegético. Claramente, o que está escrito é o que prevalece¹⁶. A condenação com trânsito em julgado exclui o benefício. Prevalece o princípio da coisa julgada. O processo em andamento não o exclui, por imperativo do princípio da “benigna amplianda” do art. 106, inciso II, do CTN¹⁷.

A exclusão dos benefícios, na hipótese do § 5º do art. 1º, e não na hipótese do inciso II do art. 2º com mesma tipificação penal, está no encerramento do processo penal com condenação, no primeiro caso, e de ausência de condenação, no segundo.

A primeira hipótese, pressupõe uma condenação formal do contribuinte que mantém recursos no exterior; no segundo, a condenação inexistente, por estar o processo em curso ou sequer iniciado.

Nesta linha de raciocínio, compreende-se a disposição do § 1º do art. 5º, que extingue a punibilidade, na esteira do art. 138 do CTN, ao determinar que:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de

qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração¹⁸.

Para concluir o comentário a este dispositivo, reitero que a lei cuida da licitude da origem de recursos e patrimônio, de sua não declaração, *independentemente da condição do agente*. A única hipótese de exclusão do usufruto dos benefícios — de duvidosa legalidade — cuida da *condenação* de pessoas por crimes elencados no § 1º do art. 5º da referida lei, se, na origem, houver recursos ilícitos ou decorrentes de delitos. Se não houver condenação, mesmo havendo os crimes elencados no § 1º do art. 5º, o gozo dos benefícios está assegurado.

A origem dos recursos, e não a condição do autor no momento em que obteve os recursos, é o pressuposto do gozo do benefício instituído pela Lei de Repatriação¹⁹, incluindo-se nas hipóteses hospedadas pela lei os crimes mencionados no § 1º do art. 5º, se seu autor ainda não tiver sido condenado.

Passo, agora, ao exame de outro dispositivo.

Alguém que exerça uma função pública, sem nenhuma contestação de sua conduta, com moralidade, eficiência, impessoalidade, publicidade de seus atos e legalidade, nas funções para as quais foi escolhido, não pode ser excluído dos benefícios apenas em razão da função exercida, principalmente se os recursos e patrimônio possuídos *foram adquiridos antes do exercício de qualquer função pública*²⁰.

Reitero a respeito a redação do art. 11 da Lei 13.254/2016, assim redigido:

¹⁶ O art. 111 do CTN tem a seguinte dicção:

“Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

- I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;
- II - outorga de isenção;
- III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.”

¹⁷ O artigo 106, inciso II, do CTN tem a seguinte dicção:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

[...]

- II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:
 - a) quando deixe de defini-lo como infração;
 - b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;
 - c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

¹⁸ Relembro o “caput” do artigo 5º, cujo § 1º já foi transcrito no corpo do parecer:

“Art. 5º A adesão ao programa dar-se-á mediante entrega da declaração dos recursos, bens e direitos sujeitos à regularização prevista no *caput* do art. 4º e pagamento integral do imposto previsto no art. 6º e da multa prevista no art. 8º desta Lei”.

¹⁹ Qualquer outra interpretação levará à severa crítica de Francesco Ferrara (*Interpretação e aplicação das leis*, 2ª. ed., Coimbra, 1963, p. 129) que dizia que o pior intérprete é o que coloca na lei o que na lei não está por preferência pessoal ou dela retira, o que nela está por antipatia à norma.

²⁰ São os cinco princípios fundamentais da Administração Pública expressos no art. 37, *caput*, da CF:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]”.

Art. 11. Os efeitos desta Lei não serão aplicados aos detentores de cargos, empregos e funções públicas de direção ou eletivas, nem ao respectivo cônjuge e aos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, na data de publicação desta Lei.

Feriria, de longe, este dispositivo o princípio da igualdade, se se adotasse uma interpretação extensiva.

Tal dispositivo só pode ser entendido à luz dos dispositivos retro analisados. Sua intenção, nitidamente, é não permitir que políticos, que tivessem obtido recursos espúrios colocados no exterior, no exercício de função pública, se beneficiassem dos incentivos da lei.

Ora, se mesmo para criminosos não julgados é possível beneficiar-se da lei que se dirá de servidores

públicos *não criminosos, não corruptos*, que tinham recursos de origem lícita no exterior, muito antes do ingresso na vida pública.

Este artigo, a meu ver, só comporta uma exegese. Para políticos que se enquadrarem nas hipóteses do § 1º do art. 5º (condenados *ou não*) e nos crimes contra a Administração Pública, bem como seus parentes, não há possibilidade de beneficiar-se das disposições legais de repatriação. Quando a origem é lícita e anterior à entrada na vida pública, não se aplica o art. 11, pois de forma nítida, clara e inequívoca o princípio da isonomia está assegurado pela Lei Suprema. Para o diploma em exame, *a origem lícita dos recursos* é a única justificativa.

São Paulo, julho de 2016.

Renda auferida ilicitamente por pessoa física em detrimento dos cofres públicos: devida a tributação? Em ocorrendo, subsiste o lançamento tributário diante da restituição voluntária ou forçada dos valores?

Nelson Loureiro dos Santos*

1 Introdução

Nestes dias que correm, a imprensa tem noticiado com enorme frequência os escândalos de corrupção e desvios de dinheiro público envolvendo integrantes de esferas superiores de comando em órgãos governamentais, com considerável participação de parcela do empresariado, em que tais atores locupletam-se indevidamente à custa do Erário.

Essas lamentáveis notícias cotidianamente veiculadas indicam, de modo claro, que a malversação do dinheiro público, no Brasil, é prática arraigada. Tanto é assim que estudos técnicos realizados para aferição do grau de corrupção existente entre os povos situam nosso País em posição nada cômoda perante as demais nações civilizadas.¹

Aliás, além de consolidada, a prática é antiga. Diz a História que o primeiro ato de corrupção (assim entendida a obtenção de vantagem ilícita) nesta Terra teria sido levado a efeito por Pero Vaz de Caminha, ao escrever a “Carta do Achamento do Brasil” endereçada ao soberano de Portugal, onde, noticiando o descobrimento, aproveitou para *solicitar* benefícios para um genro, condenado à pena de degredo por ilícito cometido².

*Juiz federal titular da 6ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão. Mestrando vinculado ao Núcleo de Pesquisa de Direito Constitucional e Processual Tributário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

¹Análise da percepção de corrupção efetuada pela instituição *Transparência Internacional*, publicada no sítio eletrônico <http://www.transparency.org/cpi2015>, consulta em 28/01/2016, indicando o Brasil na posição 76ª em ranking formado por 168 países.

²Conforme Nota Analítica 69, posta por CASTRO, Sílvio (A Carta de Pero Vaz de Caminha. O Descobrimento do Brasil. Porto Alegre: L&PM, 1996. Coleção Descobertas L&PM, p. 74): “a ela peço que por me fazer singular mercee mãe da jlha de Sam Thomee Jorge de Osoiro meu jenrro, o que dela receberey em mujta mercee.” O genro degredado em São Tomé foi perdoado pelo Rei e depois da morte de Caminha em Calicute, em 1501, nomeado seu substituto como escrivão oficial no Porto. É a última demonstração da estima de D. Manuel pelo seu grande cronista.

Diante desse quadro, move-nos a ideia inicial de investigar, à luz das normas de regência, se é adequada a tributação do acréscimo patrimonial obtido ilicitamente por pessoa física em detrimento dos cofres públicos; em sendo possível a constituição de crédito tributário advindo de tal fato gerador e considerando que em certas situações — infelizmente raras, é verdade — obtém-se sucesso em procedimentos tendentes à recomposição do Erário dilapidado, investigar-se-á qual o destino reservado ao auto de infração tributária lavrado contra o autor dessas ações deletérias e que, ao fim e ao cabo, restitui aos cofres públicos, voluntária ou involuntariamente, as importâncias desviadas de modo ilícito e que ensejaram a respectiva tributação.

Esse, portanto, o escopo do presente trabalho.

2 O tributo como fonte de renda para o Estado

Antes de tudo, passemos olhos em alguns dos aspectos relacionados ao nascimento da obrigação dos indivíduos, consistente no dever de entregar ao Estado recursos financeiros (parte do patrimônio) como uma das fontes de abastecimento dos cofres públicos.

Vem do Direito Financeiro a dicção de que a arrecadação de tributo pelo Estado caracteriza uma forma derivada de obtenção de recursos para custeio das despesas públicas, ocorrendo por meio do “constrangimento sobre o patrimônio do particular.”³

Nesse sentido, Renato Lopes Becho afirma que “Toda tributação significa a transferência de riqueza, objeto da exação, da propriedade do particular, seu contribuinte, para a do Estado.”⁴

Intuitivo que essa transferência de recursos financeiros do patrimônio particular para o do Erário não ocorra de modo pacífico e voluntário.

³OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de Direito Financeiro*. 2. ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 34.

⁴*Filosofia do Direito Tributário*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009; p. 412.

Apesar de Ylves José de Miranda Guimarães defender que a exigência tributária encontra respaldo no Direito Natural, aduzindo que o homem tem tendência irresistível e insuprimível a existir em sociedade, em convivência, possuindo propensão a cooperar, associar-se, governar e beneficiar-se da associação⁵, a verdade é que o pagamento de tributos somente se dá em razão da compulsoriedade no cumprimento da obrigação, conforme previsto em lei.⁶

De modo bastante elucidativo, no particular, lição de Celso Ribeiro Bastos, ao registrar *ipsis verbis*:

Enquanto organização política da sociedade, o Estado reúne poderes que lhe permitem arrecadar recursos financeiros de forma impositiva e coercitiva, é dizer, com uma força jurídica tal, que independe da vontade individual do contribuinte. É uma emanção dos poderes soberanos do Estado.⁷

Como se observa na lição doutrinária, longe de configurar voluntariedade, as normas tributárias são ordinariamente cumpridas em face do caráter impositivo e sancionatório que nelas vem embutido.

Tanto é assim que essas regras de imposição, juntamente com as que reprimem o cometimento de delitos, são inseridas no conjunto daquelas ditas normas de rejeição social.

Aliás, a repulsa dos cidadãos às imposições tributárias se perde na noite dos tempos. Não é sem razão que as Escrituras Sagradas trazem claríssimo ensinamento do Cristo, ao ser indagado por fariseus se era ou não devido o pagamento de tributos ao imperador, respondendo de modo singelo, mas com imensa profundidade filosófica, inclusive com indicação da necessária sujeição dos súditos ao poder instituído: Dai a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus.

Entretanto, apesar dessa natural rejeição aos tributos, de fato o abastecimento dos cofres públicos com recursos advindos da arrecadação tributária é de todo necessário, justamente para propiciar o regular

funcionamento da estrutura pública administrativa, de modo a permitir a toda coletividade, ao menos em tese, melhores condições de vida.

Nessa transferência compulsória de recursos financeiros da esfera privada para o patrimônio estatal, é bom que se diga, regras rígidas devem ser observadas, não se admitindo, a toda evidência, o cometimento de abusos ou arbitrariedades para o fim. No caso brasileiro, essas regras de garantia do cidadão vêm estabelecidas na própria Constituição Federal.

Assim posta a questão, faz-se necessário indicar, embora de modo rasante e apenas de passagem, os pressupostos dos principais princípios de segurança do cidadão inseridos na Constituição Federal para o fim. Com isso, espera-se obter elementos para responder às duas indagações iniciais: primeira, se à vista de tais premissas de proteção seriam tributáveis os valores ilicitamente auferidos em detrimento dos cofres públicos; segunda, se, uma vez tributados esses valores, qual o destino reservado ao respectivo lançamento tributário em caso de restituição voluntária ou forçada dos montantes que serviram de base para a atuação fiscal.

3 Grandes princípios constitucionais tributários

3.1 Considerações iniciais

Sem nenhuma dúvida, no Brasil os grandes alicerces para proteção dos contribuintes diante da atuação estatal em matéria tributária são os princípios constitucionais tributários, assim entendidas aquelas normas fundantes de um sistema, tipificadas pelo *forte conteúdo axiológico* e pelo *alto grau de generalidade e abstração*, ensejadores do amplo alcance de seus efeitos, que cumprem o papel fundamental de *orientar a interpretação e a aplicação de outras normas*.⁸

Sabido que existe enorme quantidade de princípios constitucionais tributários, inclusive alguns implícitos nas dobras do sistema. Para a finalidade aqui perseguida, no entanto, sem olvidar a grande importância que alguns deles representam (v.g. os da irretroatividade e da anterioridade), ficaremos limitados à apresentação dos explícitos que mais de perto se referem à matéria estudada, indicando a seguir apenas os fundamentos dos princípios da

⁵ O Tributo. Análise ontológica à luz do Direito Natural e do Direito Positivo. São Paulo: Max Limonad, 1983, pp. 22-3.

⁶ Art. 3º do Código Tributário Nacional, segundo o qual "Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada."

⁷ *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 95.

⁸ COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 75.

legalidade, da isonomia/igualdade, da capacidade contributiva e da vedação à utilização de tributo com efeito de confisco.

3.2 Princípio da legalidade

Historicamente, a origem desse princípio de proteção

[...] remonta ao Século XIII, quando o rei da Inglaterra, João Sem-Terra, expediu a Magna Carta (1215), documento que veio assegurar a criação de tributos somente após a aprovação do Parlamento.⁹

Para Roque Antonio Carrazza,

O princípio da legalidade, em matéria tributária, domina, na maioria dos Países, o tema inteiro, tanto que costuma ser expresso no aforismo *nullum vectigal sine lege*. Com isto queremos significar que a pretensão estatal, neste setor, se exerce, nos Estados do chamado mundo ocidental, por um interesse público e nasce de uma relação jurídica, cuja fonte exclusiva é a lei.¹⁰

Sobressai, portanto, a enorme importância que o princípio da legalidade tem para as garantias do Estado de Direito, não sendo sem razão que a Carta Magna traz essa diretriz como o primeiro limite imposto ao legislador ordinário, já no inciso I do art. 150.

Ressaltando a importância do tema e depois de afirmar a existência de autores que consideram a legalidade como regra lógica e não como princípio, Renato Lopes Becho firma posição no entendimento de que a legalidade é, sim, um princípio, “veículo de diretriz e valor essencial ao sistema e também como instrumento de interpretação.”¹¹

Voltado especificamente ao campo tributário, Paulo de Barros Carvalho¹² denomina o mandamento constitucional de princípio da estrita legalidade. Assim, entende o Mestre que a lei tributária em sentido lato deve trazer os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional, identificando nessa exigência o que é comumente denominada tipicidade tributária.

⁹ COSTA, Regina Helena, *Curso de Direito Tributário*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 85.

¹⁰ *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 288.

¹¹ *Lições de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 375-376.

¹² *Curso de Direito Tributário*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 98.

Pelo que se vem expondo, apesar da já lembrada rejeição dos cidadãos à submissão tributária, sem nenhuma dúvida que essa natural postura termina um pouco arrefecida em razão da estrita observância do princípio constitucional ora tratado. Aliás, como bem lembrado por Roque Antonio Carrazza,

[...] é da essência de nosso regime republicano que as pessoas só devem pagar os tributos em cuja cobrança consentirem. Tal consentimento há que ser dado, por meio de lei ordinária, pelo Poder Legislativo, com este fito reunido, conforme a Constituição.¹³

Para concluir este pequeno esboço sobre o princípio da legalidade, faz-se importante lembrar que a própria Constituição Federal mitiga, em parte, seu rigor, ao facultar ao Poder Executivo a possibilidade de alterar as alíquotas dos impostos sobre importação e exportação, sobre produtos industrializados e sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários.¹⁴ Ainda a esse respeito, a Emenda Constitucional 33/2001 ampliou tal autorização, para contemplar na exceção a contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível (CIDE), no que foi severamente criticada por importantes autores, como Roque Antonio Carrazza¹⁵ e Regina Helena Costa¹⁶, que qualificam de inconstitucional o proceder do constituinte derivado, porquanto ferida cláusula pétrea da separação dos poderes (art. 60, § 4º, III, da Carta Magna).

3.3 Princípio da isonomia/igualdade

A isonomia é o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais. No dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁷, essa garantia não se restringe a

¹³ *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 285.

¹⁴ Conforme § 1º do art. 153: “É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.”

¹⁵ *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 346.

¹⁶ *Curso de Direito Tributário*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 86-87.

¹⁷ *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 14. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 9.

nivelar os cidadãos diante da norma posta, mas exige que a própria lei não seja editada em desconformidade com sua orientação, voltando-se, portanto, para o legislador e também para o aplicador do Direito.

E prossegue o Mestre, ensinando que para averiguação do cumprimento desse princípio não basta, singelamente, considerar a afirmação de Aristóteles, segundo a qual a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Quem são os iguais e os desiguais? A estatura humana, por exemplo, não pode ser utilizada para proibir os mais baixos de realizarem um contrato de compra e venda; no entanto, admite-se a discriminação para formação de guarda de honra nas cerimônias oficiais militares.

Com esse exemplo, além de muitos outros arrolados na referida obra monográfica, Celso Antônio Bandeira de Mello demonstra que a função precípua da lei, de fato, é dispensar tratamentos desiguais. Qualquer elemento residente nas coisas, pessoas e situações pode ser eleito pela lei como fator de discriminação, não sendo, de regra, o traço de diferenciação escolhido que caracteriza violação à isonomia. Deve existir, no entanto, segundo as lições indicadas, um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial e a desigualdade de tratamento dela decorrente, desde que a correlação não confronte interesses prestigiados pela Constituição Federal.

Quer-se com isso dizer que quando a Constituição Federal proíbe qualquer discriminação em face de origem, raça, cor, sexo, idade (art. 3º, IV), firma a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas.

Exatamente pelo que se vem expondo, especificamente no campo tributário, tem-se que

[...] a igualdade diante do imposto não deve ser entendida como significado que todos os contribuintes devam ser tratados da mesma maneira. Sua inteligência correta é a seguinte: todos os contribuintes que se encontrem na mesma situação devem ser tratados igualmente.¹⁸

Importante ainda, nessa seara, repetir o ensinamento de Roque Antonio Carrazza, que ao tratar do princípio republicano refere-se de modo explícito e

elucidativo ao tratamento igualitário que se espera na área tributária, sendo essas suas palavras:

A lei tributária deve ser igual para todos e a todos deve ser aplicada com igualdade. Melhor expondo, quem está na mesma situação jurídica deve receber o mesmo tratamento tributário. Será inconstitucional – por burla ao princípio republicano e ao da isonomia – a lei tributária que selecione pessoas, para submetê-las a regras peculiares, que não alcançam outras, ocupantes de idênticas posições jurídicas.¹⁹

Portanto, em conclusão, na observância do princípio da isonomia/igualdade, “o legislador e o aplicador da lei hão de atentar às diferenças entre os sujeitos, procedendo às necessárias discriminações na modulação das exigências fiscais.”²⁰

3.4 Princípio da capacidade contributiva

O princípio da capacidade contributiva, que vem indicado na primeira parte do § 1º do art. 145 da Carta Magna (*Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte*), é estreitamente ligado ao princípio da isonomia/igualdade antes estudado.

Afinal, é por conta do princípio da capacidade contributiva que o Estado, em matéria tributária, respalda o tratamento diferenciado dos cidadãos, pois conforme ensina Celso Ribeiro Bastos,

[...] acaba por existir, em certas hipóteses, um autêntico compromisso do Estado com a desequiparação, é dizer, com a oneração maior daqueles que têm mais recursos para suportá-la.²¹

Elucidando a matéria, chama-se à colação o ensinamento de Sacha Calmon Navarro Coêlho, quando aduz que

A capacidade contributiva é a possibilidade econômica de pagar tributos (*ability to pay*). É subjetiva quando leva em conta a pessoa (capacidade econômica real). É objetiva quando toma em consideração manifestações objetivas da pessoa (ter casa, carro do ano, sítio numa área valorizada etc.). Aí temos “signos presuntivos

¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 119.

¹⁹ *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 94.

²⁰ COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 79.

²¹ *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 120.

de capacidade contributiva". Ao nosso sentir o constituinte elegeu como princípio a capacidade econômica real do contribuinte.²²

Embora discutível a posição do Professor quanto à desconsideração do uso de critérios objetivos para fixação da carga tributária — preferindo-se, no particular, posição daqueles que defendem entendimento contrário²³ — o conceito de que a capacidade contributiva é a possibilidade econômica de pagar tributos merece integral acolhida, eis que, de modo simples e direto, bem esclarece nosso objeto de investigação.

Quanto à extensão da aplicabilidade desse princípio, tem-se que a expressão constitucional *sempre que possível* quer significar que o comando, juridicamente obrigatório e vinculante a todos, será excluído somente naquelas situações onde a natureza do tributo indique a impossibilidade técnica de sua consideração, como ocorre, por exemplo, na utilização de aspectos objetivos para fixar critério material da hipótese de incidência (v.g. nos tributos que incidem sobre a propriedade).

Para finalizar, especificamente em relação ao Imposto de Renda, importante deixar consignado que a progressividade prevista no art. 153, § 2º, I, da Constituição Federal encontra total adequação ao princípio ora estudado, eis que, conforme visto antes, a maior carga tributária incidente sobre aqueles que mais têm recursos para suportá-la (que somente se observa com a aplicação da referida progressividade) alinha-se com perfeição a todas as garantias dos contribuintes.

3.5 Princípio da vedação de utilização de tributo com efeito de confisco

A Constituição Federal diz de modo expresso que aos entes que titularizam competência da espécie é vedado *utilizar tributo com efeito de confisco* (art. 150, IV). Temos aqui, portanto, uma das importantes garantias do cidadão em matéria tributária.

²² *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 79.

²³ Por todos, cita-se Renato Lopes Becho (*Lições de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 410), que se referindo a outros eminentes doutrinadores, afirma ser possível a utilização de critérios objetivos para o fim.

Entretanto, sabendo-se que tributo significa, como visto antes, clara transferência compulsória de parte do patrimônio privado para o Estado, quando é que a exigência tributária pode ensejar o tal efeito de confisco?

A resposta a essa indagação não é simples. Trazendo a Constituição Federal uma cláusula aberta, ficando endereçado ao intérprete definir quais situações poderiam configurar o efeito de confisco, as disparidades de entendimentos conduzem o assunto à mais alta complexidade.

Ricardo Lobo Torres, depois de afirmar que o princípio objetiva preservar a propriedade privada em sua substância e essência, procura elucidar a questão:

Só os princípios gerais do direito, por conseguinte, que são abertos e abstratos, podem oferecer o critério inicial para a identificação do tributo que aniquila a propriedade ou a atinge em sua substância. Confiscatório é o tributo *desproporcional* ou o que não se mantém no quadro da *razoabilidade*; observe-se, porém, que o só fato de não ser razoável é insuscetível de levar à conclusão de sua confiscatoriedade, embora a recíproca não seja verdadeira, pois o tributo confiscatório não pode ser razoável. Outro critério importante para caracterizar o confisco é o da economicidade, hoje alçado à categoria de princípio constitucional financeiro (art. 70 CF), a significar que o tributo deve corresponder à necessidade mínima do Estado para atender à parcela máxima de interesse público. Os princípios da *razoabilidade* e da *economicidade*, bem manejados, têm a aptidão para apreender as diferenças entre os diversos tributos (impostos sobre o patrimônio, impostos sobre a circulação de riquezas, impostos sobre o comércio exterior, taxas, contribuições, etc.), modulando-lhes o efeito confiscatório, bem como para considerar a conjuntura econômica do país, que, a depender da guerra ou da paz, do desenvolvimento ou da recessão, modifica a apreciação do que seja o aniquilamento da propriedade.²⁴

Em conclusão a exaustivo estudo da matéria, Renato Lopes Becho apresenta interessante posicionamento, cabendo aqui reproduzi-lo em parte:

Firmamos no presente capítulo, também, a convicção de que o legislador não deve laborar buscando uma definição ou estipulando os limites para o que seja uma tributação que tenha efeitos

²⁴ *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, v. III. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 133-4.

confiscatórios. O reconhecimento para a tributação confiscatória exige uma análise fática e conjuntural, que é alterada por circunstâncias econômicas, nos mesmos moldes que o princípio da capacidade contributiva, bem como por circunstâncias sociais, dependendo do retorno que o Estado dá ao contribuinte e aos demais membros da sociedade, pelos tributos que arrecada. [...] ²⁵

Atento ao conteúdo dessas lições, em conclusão pode-se afirmar que embora não fixado normativamente qualquer parâmetro para adequada verificação do limite possível de tributação, o comando do princípio constitucional estudado é endereçado não apenas ao legislador, mas principalmente ao Poder Judiciário, que na averiguação do teor e dos efeitos da regra tributária, considerando o conteúdo de outros princípios aplicáveis, sobretudo o da razoabilidade, haverá de impedir qualquer ocorrência de efeito confiscatório, resguardando, assim, o cidadão contribuinte da inadequada investida do Estado no que se refere à proporcionalidade do volume exacional.

4 Relação entre Estado e contribuinte

Demonstrada a necessidade de o Estado obter os recursos advindos da arrecadação tributária, bem como o respeito que deve ser devotado às diretrizes instituídas pelos princípios constitucionais que trazem garantias aos cidadãos, chega o momento de verificar como ocorre a relação do ente tributante e o sujeito passivo, da qual nasce a obrigação deste entregar valores àquele.

Nesse aspecto, embora a Constituição Federal, ao abrir a Seção II do Sistema Tributário Nacional (Capítulo I do Título VI) refira-se a *Poder de Tributar*, a ocorrência do fato imponível tributário faz nascer, em verdade, uma *relação jurídica* entre contribuinte e Estado. Relação jurídico-tributária, sem qualquer consideração de poder do fisco sobre o particular.

Muito acertadamente Roque Antonio Carrazza, trazendo notícia alvissareira, manifesta-se exatamente no sentido que se vem expondo, quando afirma:

Aliás, dentro da ideia de que o contribuinte mantém uma relação de igualdade jurídica (não de subordinação) com o Fisco e de que ambos têm direitos e deveres recíprocos, está tramitando no Congresso Nacional projeto de “Código de Defesa

do Contribuinte (Projeto de Lei Complementar 646/1999), que visa a tornar eficazes os valores consagrados no sistema constitucional tributário brasileiro. ²⁶

Vale referir, sobre esse tema, o ensinamento de Luciano Amaro, onde ressalta a vinculação jurídica que se estabelece entre contribuinte e fisco, afirmando que

Ao tratar da obrigação *tributária*, interessamos a acepção da obrigação como *relação jurídica*, designando o vínculo que adstringe o devedor a uma prestação em proveito do credor, que, por sua vez, tem o direito de exigir essa prestação a que o devedor está adstrito. A obrigação tributária, de acordo com a natureza da prestação que tenha por objeto, pode assumir as formas que referimos (*dar, fazer ou não fazer*). ²⁷

Como observado, então, a relação jurídica estabelecida entre contribuinte e Fisco é de igualdade, sem qualquer supremacia de um sobre o outro. Nessa toada, insta verificar onde se situa a matriz normativa vinculada à estrita legalidade, no caso do Imposto de Renda das pessoas físicas, consubstanciando a tipicidade necessária para formação da referida relação tributária em estudo.

5 Fato imponível do Imposto de Renda das pessoas físicas

Desde logo se faz importante ressaltar, uma vez mais, a estrita vinculação e o relevo que as normas constitucionais têm para a aplicação e o bom entendimento do sistema tributário nacional, valendo reproduzir sobre o assunto a abalizada lição de Roque Antonio Carrazza:

A Constituição Federal é a fonte direta por excelência do direito tributário, no Brasil. Nela há extenso rol de disposições que, sem necessidade de *interpositio* da legislação ordinária, regulam a ação estatal de exigir tributos. É o caso das que cuidam de direitos subjetivos e garantias fundamentais dos contribuintes, que, efetivamente, “têm aplicação imediata” (art. 5º da CF), não carecendo, pois, de regulação para além da prevista na própria Lei Fundamental do Estado. ²⁸

²⁵ Lições de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 469.

²⁶ Curso de Direito Constitucional Tributário. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 479.

²⁷ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 271.

²⁸ Imposto sobre a renda (perfil constitucional e termos específicos), 3.

Sem pretender discutir neste passo se a Constituição cria os tributos, fato é que, com base na lição do Mestre, facilmente se verifica que é da Carta Magna que brotam as diretrizes que necessariamente serão obedecidas pelo legislador ordinário, quando do exercício da competência tributária a ele outorgada. Prossequindo no tema, Roque Antonio Carrazza assim conclui:

Nunca é demais insistir que a Constituição Federal, para maior garantia e segurança dos contribuintes, indicou os nortes e limites da tributação, retirando do legislador (federal, estadual, municipal e do Distrito Federal) a possibilidade de livremente definir o alcance das *normas jurídicas tributárias* (normas que criam *in abstracto* tributos). Forjou, portanto, um sistema rígido, com competências tributárias bem definidas e perfeitamente discriminadas entre as pessoas políticas.²⁹

Bem fixada a preponderância constitucional nesse assunto, já é possível empreender a correta investigação legal a que nos propusemos.

5.1 Situação de normalidade

No âmbito deste estudo considera-se *situação de normalidade* aquela onde a tributação do Imposto de Renda se dá ordinariamente, ou seja, incide a exação sobre base de cálculo considerada normal, na medida em que a renda é auferida licitamente pelo contribuinte. Contrapõe-se, então, a essa *normalidade*, eventual incidência tributária sobre renda auferida ilicitamente pelo sujeito passivo, que adiante será devidamente explorada.

Não obstante as diferenças, que aqui se estabelece, entre *normalidade* e *excepcionalidade* nos meios de obtenção da renda objeto de tributação, cabe esclarecer que a base normativa aplicável será sempre a mesma, em qualquer caso, pois a Constituição Federal não estabelece tributos diferentes para essas situações diversas, já que a hipótese de incidência — auferir rendimento — não guarda qualquer relação de dependência com o modo como conformada a base de cálculo.

ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 29.

²⁹ CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda* (perfil constitucional e termos específicos), 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 31-32.

5.1.1 Fundamento legal

Olhos postos no princípio da legalidade, vejamos o que indicam as normas que regem o tema em estudo.

5.1.1.1 O que diz a Constituição

Como visto em momento anterior, a Constituição Federal estabelece a linha mestra, o rumo a ser seguido, em matéria tributária. No caso do tributo que estamos estudando, estabelece a Carta Magna:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

[...]

III – renda e proventos de qualquer natureza;

[...]

§ 2º. O imposto previsto no inciso III:

I – será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;

[...]

Assim posta a matriz constitucional do tributo, cabe investigar qual é o conteúdo dos conceitos de renda e proventos de qualquer natureza, de molde a bem dimensionar os limites aos quais o legislador ordinário está vinculado por força dessa diretriz. Não é demais lembrar, desde logo, lição de que

[...] há na Constituição Federal *conteúdos semânticos mínimos* (*noções genéricas*) quer de *renda*, quer de *proventos de qualquer natureza*, a serem obrigatoriamente levados em conta na criação *in abstracto* do imposto de renda.³⁰

No dizer de Hugo de Brito Machado, “o legislador goza de uma liberdade relativa para formular o conceito de renda.”³¹ E prossegue afirmando que na elaboração da norma tributária o Poder Legislativo

Pode escolher entre os diversos conceitos fornecidos pela Economia, procurando alcançar a capacidade contributiva e tendo em vista considerações de ordem prática. Não pode, todavia, formular arbitrariamente um conceito de renda ou de proventos.³²

³⁰ CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda* (perfil constitucional e termos específicos), 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 38.

³¹ *Curso de Direito Tributário*, 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 314.

³² *Ibid.*, 314.

Exatamente nesse mesmo sentido a lição de Regina Helena Costa relativamente ao conceito de renda, quando leciona que:

Em primeiro lugar, cabe lembrar que o conceito de *renda* encontra-se delimitado constitucionalmente. Traduz *acréscimo patrimonial*, riqueza nova, que vem se incorporar a patrimônio preexistente, num determinado período de tempo. Constitui sempre um *plus*, não apenas algo que venha substituir uma perda no patrimônio do contribuinte.³³

Ainda sobre tais conceitos constitucionalmente assentados, já resumindo a questão, bom deixar registrado que

[...] *renda e proventos de qualquer natureza* são os ganhos econômicos do contribuinte gerados por seu capital, por seu trabalho ou pela combinação de ambos e apurados após o confronto das entradas e saídas verificadas em seu patrimônio, num certo lapso de tempo.³⁴

Postos às claras os conceitos de renda e proventos de qualquer natureza, ainda se faz necessário elucidar devidamente o que o constituinte quis dizer ao impor os critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na conformação das normas que veicularem exigência tributária relativa ao imposto de que se trata.

Quanto à generalidade, possui relação direta com o princípio da isonomia/igualdade visto antes, eis que, por meio dela, generalidade, pretende-se que todos quantos auferirem rendas e proventos de qualquer natureza devem ser tributados, sem qualquer discriminação injustificada.

Universalidade, de outro lado, estreitamente ligada ao princípio da capacidade contributiva, quer significar que o resultado positivo de todas as espécies de renda e de proventos de qualquer natureza, independentemente de sua origem — fruto do capital, do trabalho, ou da combinação de ambos —, deva ser adequadamente tributado.

Por fim, em relação à progressividade, também umbilicalmente vinculada ao princípio da capacidade contributiva, tem razão de ser em homenagem ao princípio da isonomia/igualdade, eis que, como já dito

antes, a maior carga tributária incidente sobre aqueles que mais têm recursos para suportá-la (que somente se observa com a aplicação da referida progressividade) alinha-se com perfeição a todas as garantias dos contribuintes.

5.1.1.2 O que diz o Código Tributário Nacional

A Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, recepcionada pela atual Constituição Federal e conhecida doutrinariamente como Código Tributário Nacional, dispõe sobre o assunto nos seguintes termos:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.

Como se observa claramente nos termos da norma, o legislador complementar elegeu para o tributo justamente aquela hipótese de incidência possível indicada pela doutrina autorizada, qual seja, a aquisição de disponibilidade econômica e jurídica de renda, assim entendido o resultado do capital, do trabalho ou de ambos, ou de proventos de qualquer natureza, decorrente de todo e qualquer acréscimo patrimonial.

Em parênteses, necessário registrar um pequeno equívoco existente na letra da norma, quando o legislador refere, na cabeça do art. 43, que a incidência ocorrerá diante da disponibilidade econômica ou jurídica do acréscimo patrimonial de que se trata, pois conforme leciona Regina Helena Costa,

[...] a aludida disponibilidade há de ser econômica e jurídica, porquanto os fatos tributáveis, por óbvio, sempre têm cunho econômico e são

³³ *Curso de Direito Tributário*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 361.

³⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda (perfil constitucional e termos específicos)*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 39.

juridicamente relevantes. Nesse ponto, a redação do art. 43 é inadequada.³⁵

Assim sendo, limitado ao escopo do presente trabalho e lembrando mais uma vez que o legislador ordinário não é totalmente livre para formular os conceitos de renda e proventos de qualquer natureza, e sempre atento à diretriz constitucional antes assentada, tem-se que o fato impositivo do Imposto de Renda das pessoas físicas corresponde ao acréscimo patrimonial observado em dado lapso temporal, que decorra da efetiva aquisição de disponibilidade de uma daquelas grandezas econômicas referidas (renda ou proventos de qualquer natureza).

5.1.2 Presunções em matéria tributária

Visto o conteúdo da regra matriz de incidência do Imposto de Renda, ainda dentro dos limites e objetivos inicialmente traçados, passemos à análise de tema intrincado do Direito Tributário, relativo à possibilidade de presunções figurarem no campo da incidência exacional.

Inicia-se indicando a finalidade do instituto na dicção de Gilberto de Ulhôa Canto, ao afirmar que

Na presunção toma-se como sendo a verdade de todos os casos aquilo que é a verdade da generalidade dos casos iguais, em virtude de uma lei de frequência ou de resultados conhecidos, ou em decorrência da previsão lógica do desfecho.³⁶

Mais adiante, o mesmo Mestre faz distinções com base em classificação tradicional, dividindo as presunções, quanto à origem, em simples ou comuns e legais, e quanto aos efeitos, em relativas (*juris tantum*) e absolutas (*juris et de jure*).

Maria Rita Ferragut critica essa classificação, propondo critério que admite somente a presunção legal, dividida pela autora em *relativa* e *hominis*. Configura-se a primeira quando o conteúdo do enunciado jurídico for geral e abstrato, e a segunda onde não exista generalidade e abstração.³⁷

Para os fins aqui perseguidos, independentemente de filiação a uma ou outra corrente classificatória, só

interessa a apresentação da presunção legal, até porque, como visto antes, o princípio da legalidade tributária exige que o conteúdo da regra matriz de incidência esteja na lei, assim entendido o diploma normativo geneticamente vinculado a órgão competente.

Resta ver, então, se as presunções legais podem ou não ser admitidas no âmbito tributário.

Apesar da existência de vozes contrárias³⁸, razão assiste àqueles que admitem tal postura normativa, evidentemente que restrita a situações específicas e com a observância de todas as garantias conferidas ao cidadão contribuinte, especialmente aquelas anteriormente registradas, tradutoras dos princípios da legalidade, isonomia/igualdade e respeito à capacidade contributiva.

Por todos, cita-se mais uma vez o escólio de Gilberto Ulhôa Canto, para quem

[...] O legislador tributário pode, entretanto, recorrer às ficções e às presunções, sempre que a verdade legal por esse meio declarada não esteja, expressa ou implicitamente, em desacordo com a verdade legal enunciada pela norma superior.³⁹

No mesmo sentido as conclusões de Aires Barreto e Cléber Giardino, ao se referirem às presunções e ficções jurídicas:

Quando integrantes de normas legais (tomada a acepção “legal”, em sentido estrito) compatibilizam-se, obviamente, com os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação. É que os conceitos utilizados pela lei (ainda que “presuntiva” ou “fictamente” construídos, na significação acima) sempre idoneamente expressarão a vontade legal. Com ou sem sua adoção, portanto, ter-se-ão comandos previstos em lei, qualificadores de situações normativas precisamente (e objetivamente) previstas: e as exigências constitucionais nesse sentido estarão satisfatoriamente atendidas.⁴⁰

Portanto, acompanhando essas lições doutrinárias, conclui-se que as presunções legalmente estabelecidas em matéria tributária são, a princípio, perfeitamente adequadas para caracterizar fato

³⁵ *Curso de Direito Tributário*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 364.

³⁶ Presunções no Direito Tributário. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Cadernos de pesquisas tributárias*. V. 9, São Paulo: Resenha Tributária, 1991, p. 3.

³⁷ *Presunções no Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 64-67.

³⁸ Cf. Maria Rita Ferragut (*Presunções no Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 109).

³⁹ Presunções no Direito Tributário. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Cadernos de pesquisas tributárias*. V. 9, São Paulo: Resenha Tributária, 1991, p. 11.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 203, sendo original o sublinhado.

presuntivo de capacidade contributiva, obviamente que observados todos os requisitos exigidos pelo princípio da legalidade e demais garantias conferidas ao cidadão contribuinte.

Como especial exemplo de presunção em matéria tributária, com grande relevo para o presente estudo, cita-se a situação em que observados *sinais exteriores de riqueza*, incompatíveis com a situação fiscal do contribuinte.

Tal é a previsão contida no art. 6º da Lei 8.021, de 12 de abril de 1990:

Art. 6º O lançamento de ofício, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza.

§ 1º Considera-se sinal exterior de riqueza a realização de gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte.

§ 2º Constitui renda disponível a receita auferida pelo contribuinte, diminuída dos abatimentos e deduções admitidos pela legislação do Imposto de Renda em vigor e do Imposto de Renda pago pelo contribuinte.

§ 3º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, o contribuinte será notificado para o devido procedimento fiscal de arbitramento.

§ 4º No arbitramento tomar-se-ão como base os preços de mercado vigentes à época da ocorrência dos fatos ou eventos, podendo, para tanto, ser adotados índices ou indicadores econômicos oficiais ou publicações técnicas especializadas.

§ 5º Revogado.

§ 6º Qualquer que seja a modalidade escolhida para o arbitramento, será sempre levada a efeito aquela que mais favorecer o contribuinte.

Também a Lei 8.846, de 21 de janeiro de 1994, em seu art. 9º, trata da matéria:

Art. 9º O contribuinte que detiver a posse ou propriedade de bens que, por sua natureza, revelem sinais exteriores de riqueza, deverá comprovar, mediante documentação hábil e idônea, os gastos realizados a título de despesas com tributos, guarda, manutenção, conservação e demais gastos indispensáveis à utilização desses bens.

§ 1º Consideram-se bens representativos de sinais exteriores de riqueza, para os efeitos deste artigo, automóveis, iates, imóveis, cavalos de raça, aeronaves e outros bens que demandem gastos para sua utilização.

... *omissis*

Como se observa nos termos das normas, a constatação de sinais exteriores de riqueza, assim compreendido, dentre outros, a propriedade de bens móveis e imóveis valiosos, cujos custos de aquisição sejam incompatíveis com o patrimônio e a renda informados ao Fisco e submetidos à tributação federal, autoriza a instauração de procedimento administrativo tendente a constituir o crédito tributário sonegado. Isso, evidentemente, após as devidas comprovações.

A compatibilidade sistêmica desse especial meio de constituição do crédito tributário, aliás, é admitida pela doutrina, lembrando-se, uma vez mais, posicionamento de Maria Rita Ferragut expendido em sua substancial obra monográfica sobre o tema:

A tributação da renda a partir de sinais exteriores de riqueza dá-se sempre que os gastos incorridos pelo contribuinte forem incompatíveis com seus rendimentos, permitindo verificar que a renda declarada não é suficiente para justificar tais gastos, e implicando a notificação do contribuinte para o procedimento fiscal de arbitramento, que deverá tomar como base os preços de mercado vigentes à época dos fatos, podendo ser, para tanto, adotados índices ou indicadores econômicos oficiais ou publicações técnicas especializadas. Tal previsão encontra-se no artigo 6º e parágrafos da Lei 8.021/1990.⁴¹

Conclui-se, então, para os fins do Imposto de Renda de pessoas físicas, correspondente ao nosso objeto de investigação, que o acréscimo patrimonial observado em dado lapso temporal poderá decorrer da constatação de sinais exteriores de riqueza, comprovados por presunção de aquisição, no período, de disponibilidade de renda ou proventos de qualquer natureza. Nesse caso, no entanto, como já dito e repetido, o procedimento de apuração deverá observar todas as garantias conferidas constitucionalmente ao cidadão contribuinte.

5.2 Incidência do tributo sobre renda obtida ilicitamente

Vistos até aqui os conceitos necessários ao perfeito delineamento normativo da matéria, é chegado o momento de averiguar se o acréscimo patrimonial proveniente da obtenção de renda por meios ilícitos pode ou não ser objeto de incidência tributária.

⁴¹ *Presunções no Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 129.

Fique consignado, desde logo, que não se pretende, nesta sede, fazer qualquer incursão sobre a possibilidade de o legislador ordinário, mediante norma regularmente editada, instituir tributo sobre atividade ilícita ou imoral, ou, em outras palavras, eleger atividade contrária à lei ou aos bons costumes como elemento essencial da hipótese de incidência.

Assim, em respeito ao conteúdo do antes referido art. 3º do Código Tributário Nacional, que inibe a tributação como sanção de ato ilícito, como também para evitar afronta ao Estado de Direito — já que, se incluída atividade ilícita ou imoral na hipótese de incidência, o próprio Estado se equipararia ao criminoso — homenageia-se remansoso posicionamento doutrinário que se põe contra tal proceder.

Nesse sentido, vale registrar:

Quando se afirma a impossibilidade de tributação de atividade ilícita, e se diz que a ilicitude não pode estar presente na hipótese de incidência do tributo, se quer com isto dizer que a colocação da ilicitude na hipótese de incidência da norma faz da prestação correspondente uma penalidade. E como tributo não se confunde com penalidade, conclui-se facilmente que não se pode admitir a tributação de atividade ilícita. É claro que essa tese diz respeito à atividade que seja, por sua própria natureza, essencialmente, ilícita. O furto, o roubo, a apropriação indébita, como são atividades essencialmente ilícitas, ou ilícitas por definição, não podem ser tributadas.⁴²

Ainda nos prolegômenos, necessário registrar que não se desconhece respeitável opinião doutrinária, segundo a qual seria indevida, em quaisquer casos, a incidência de tributação sobre valores advindos de condutas ilícitas, eis que, segundo esse entendimento, o sistema jurídico pátrio apresenta outros caminhos para o adequado restabelecimento do Direito violado, tal como a repressão nas esferas penal, civil e ou administrativa, todas desaguando na decretação do perdimento dos haveres ilicitamente auferidos.

No particular, assim leciona Alessandra Gondim Pinho:

Criar-se-ia, então, um impasse? O indivíduo praticante de atividades ilícitas teria privilégios em relação àquele que vê incidir, sobre seu patrimônio, pesada tributação? A resposta é negativa. Esse

“privilégio”, como acusam os defensores da corrente favorável à tributação das atividades ilícitas, é, na verdade, pura ilusão, pois essa atividade ilícita pressupõe-se escusa, clandestina, sob o constante risco de ser descoberta e punida, de modo que, se as autoridades competentes vêm a ter conhecimento da mesma, deverá tomar as providências cabíveis para encerrá-la definitivamente, punindo de modo severo os responsáveis, tão logo quanto possível, na forma da lei, inclusive e principalmente na esfera criminal. Seria um *nonsense* e completamente ilógico admitir que, após cair na ciência do poder público, a atividade ilícita, ilegal, criminosa, fosse normalmente tributada, continuando seu curso antissocial, imoral, antieconômico e violador da lei, até porque o poder de tributar – ao lado do poder de punir criminalmente – são as expressões máximas da estrita legalidade a que se submete o Poder do Estado num Estado Democrático de Direito.

[...]

Quanto ao Imposto de Renda, é praticamente assente a doutrina estrangeira e pátria que trata da matéria: a atividade ilícita não exime o praticante do pagamento do tributo. Entendemos que o imposto sobre a “renda ou provento de qualquer natureza” não admite, nesse contexto, atividade cuja natureza seja ilícita, por todos os motivos que já citamos.⁴³

Ao criticar posicionamento de Bernardo Ribeiro de Moraes, Renato Lopes Becho também trilha no mesmo rumo antes referido. Esta sua lição:

São ideias postas, a nosso juízo, sem a devida reflexão. Diversas questões podem ser levantadas a partir da conclusão de Moraes: se “o Poder Público deve abstrair ou ignorar a ilicitude”, da mesma forma como “não cabe ao Poder Público indagar da licitude do fato que originou a obrigação tributária”, quem deve se levantar contra a ilicitude? O particular? Ninguém? Ou será que o autor usou um termo amplo, *Poder Público*, querendo significar apenas o *Fisco*? Será que os agentes do Fisco devem abstrair e ignorar os ilícitos constatados? Ao que parece, os agentes do Fisco são obrigados a notificar as autoridades competentes quando tomarem conhecimento, por seus ofícios, da prática de ilícitos (Lei n. 8.112/90, art. 116, VI).⁴⁴

Ainda na lição de Renato Lopes Becho, em artigo publicado sobre o assunto, onde expõe essas mesmas ideias, apresenta conclusão nestes termos:

⁴² MACHADO, Hugo de Brito. Tributo e atividade ilícita. *Revista Tributária e de finanças públicas* 87, São Paulo: RT, 2009, p. 101.

⁴³ *O Fato Jurídico Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 92-94.

⁴⁴ *Lições de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 79.

Diante do que foi exposto, acreditamos que as opiniões sobre a tributabilidade dos atos ilícitos pode ser revista. Conforme vimos, criou-se em torno do tema um debate preenchido principalmente por considerações éticas ou morais. O que há de jurídico na discussão são, principalmente, os princípios da moralidade, igualdade e capacidade contributiva, usados tanto contra como a favor da tributação dos atos ilícitos.

Todavia, o que o constituinte originário e o legislador ordinário decidiram foi o confisco, a favor da União, da totalidade dos frutos obtidos com a prática de atividades ilícitas. Com isso, parece-nos que o ordenamento jurídico determina a intributabilidade dos atos ilícitos, ao menos desde 1940.⁴⁵

Vê-se no entendimento citado, portanto, que nenhuma tributação deve incidir sobre valores auferidos ilicitamente. Mesmo a renda e o aumento patrimonial provenientes da prática de atividade ilícita, segundo esses estudiosos, não devem ser tributados pelo Imposto de Renda, eis que os valores assim auferidos devem ser objeto de perdimento, retornando integralmente aos cofres públicos ou ao seu verdadeiro proprietário.

Entretanto, bem analisados os fatos sociais que se relacionam ao que aqui estudado e com olhos fixos no conjunto de normas aplicáveis, não existe cabimento para adoção dessa radical postura.

Realmente. De logo, bom lembrar que nos termos do art. 118 do Código Tributário Nacional, ao interpretar a ocorrência do fato impositivo não se deve atenção à validade jurídica dos atos que lhe dão suporte, nem à natureza de seu objeto ou de seus efeitos. Ou seja, na constituição do crédito tributário pelo lançamento, à autoridade administrativa não é imposta, por exemplo, a obrigação de verificar se lícita ou ilícita a fonte de renda ensejadora do sinal exterior de riqueza apurado na atividade fiscalizatória.

Evidentemente que se, no decorrer do procedimento de constituição do crédito tributário, a autoridade administrativa deparar-se com eventual prática de ilícito (para ilustrar, cite-se a absurda possibilidade de o sujeito passivo, ao ser notificado para justificar financeiramente os sinais exteriores de riqueza, *confessar* expressamente que tais rendimentos

decorreram da prática de corrupção passiva ou apropriação indevida de valores pertencentes ao Erário), claro que é seu dever funcional adotar as medidas que o caso requeira, inclusive no âmbito criminal. Mesmo assim, no entanto, à vista do que contido no referido art. 118 do Código Tributário Nacional, a autoridade fiscal tem a obrigação de constituir o crédito tributário subjacente, ainda que posteriormente venha ser anulado em razão de provimento judicial que desconstitua a base de cálculo considerada.

De outro lado, incorreto pensar que sempre que apurada, por exemplo, omissão de receitas geradoras de sinais exteriores de riqueza, a autoridade administrativa responsável pelo lançamento estaria obrigada a investigar, preliminarmente, a origem de tais recursos.

Pelo menos dois motivos desautorizam tal entendimento: primeiro, que a norma tributária afasta, nos termos do art. 118 do Código Tributário Nacional antes referido, qualquer obrigação investigatória a respeito; segundo, a autoridade fiscal não tem atribuição funcional relacionada à investigação de ilícitos criminais, no mais das vezes, nesses casos de corrupção e desvios de verbas públicas, praticados à sorrelfa, por *professionais* habituados à conduta delituosa.

Lícito sumariar, então, repetindo o que já exposto: sem prejuízo da adoção das medidas funcionais cabíveis quando constatada prática de ilícito que tenha ensejado o aumento patrimonial, a autoridade administrativa, após o devido processo legal e dentro de sua esfera de atribuições e competências, deverá atuar o sujeito passivo para que pague o tributo devido ao aumento patrimonial não declarado, porquanto a norma tributária complementar aplicável não exige — pelo contrário, exige a autoridade administrativa de tal responsabilidade — que a atividade fiscalizatória que apura a sonegação tributária investigue a origem lícita ou ilícita dos recursos que ensejaram o aumento patrimonial não declarado a tempo e modo ao Fisco.

Para robustecer a ideia de sujeição à tributação dos valores havidos de modo ilícito, importante registrar que o sujeito que assim auferir renda — como aqueles exemplos citados no início deste trabalho, relativamente à corrupção e desvio de recursos públicos — e converte esses montantes em riqueza apurada por sinais exteriores, preenche de modo adequado o requisito da capacidade contributiva,

⁴⁵ BECHO, Renato Lopes. A Discussão sobre a Tributabilidade de Atos Ilícitos. *Revista Dialética de Direito Tributário* 172. São Paulo: Dialética, 2010, p. 111.

na medida em que pode suportar o recolhimento de tributo na proporção do patrimônio amealhado. Deixar de tributá-lo iria de encontro ao respeito que se deve à isonomia/igualdade endereçada a todos os contribuintes.

Portanto, a ideia de tributar as rendas ilícitas que acarretam aumento patrimonial guarda, em última análise, estrita observância aos princípios da generalidade e universalidade constitucionalmente estabelecidos para o Imposto de Renda, segundo os quais, de maneira geral, *todos* os contribuintes e *todos* os rendimentos devem sujeitar-se à tributação.

Nesse sentido o pensamento de Miguel Delgado Gutierrez:

Parece-nos justificável a tributação dos acréscimos patrimoniais advindos da prática de atividades ilícitas, imorais ou contrárias aos bons costumes. Com efeito, se alguém auferir proventos advindos da prática da usura, por exemplo, pensamos não ser justo que esses proventos sejam exonerados da tributação pelo Imposto de Renda, enquanto os que recebem rendimentos do trabalho sejam tributados pelo Imposto de Renda. Ambos os contribuintes revelam capacidade econômica para arcar com o Imposto de Renda incidente sobre os acréscimos patrimoniais obtidos. Assim, não é justo, e fere o princípio da isonomia e da capacidade contributiva, que aquele que pratica atividades ilícitas, imorais ou contrárias aos bons costumes seja exonerado de pagar o Imposto de Renda sobre os acréscimos patrimoniais obtidos em virtude da prática de tais atividades, enquanto aquele que desenvolve uma atividade lícita sofra tributação. Se ambos obtêm acréscimo patrimonial, um desenvolvendo atividades ilícitas e outro desenvolvendo atividades lícitas, ambos devem ser tributados da mesma maneira. Além disso, a exoneração dos proventos advindos da prática de atividades ilícitas, imorais ou contrárias aos bons costumes fere o princípio da universalidade.⁴⁶

No mesmo rumo a argumentação de Amílcar de Araújo Falcão:

A tese contrária representa, no acertado dizer de Popitz, a manifestação de um sentimentalismo ilógico e infundado e, do ponto de vista tributário, conduz, isto sim, à violação do princípio da isonomia fiscal. Haveria na exoneração tributária um resultado na verdade contraditório, por isso que se estaria

abrindo aos contraventores, aos marginais, aos ladrões, aos que lucram com o furto, o crime, o jogo de azar, o proxenetismo etc., a vantagem adicional da exoneração tributária, de que não gozam os contribuintes com igual capacidade contributiva decorrente da prática de atividades, profissões ou atos lícitos.⁴⁷

Para terminar, chama-se à colação o percuciente e conclusivo ensinamento de Roque Antonio Carrazza, segundo o qual,

Em suma, *renda tributável é sempre renda líquida ou lucro*, isto é, o *resultado positivo*, apurado num determinado espaço de tempo, de uma série de deduções e abatimentos feitos sobre os rendimentos brutos. Pouco importa – pelo menos para fins tributários – que a renda líquida ou o lucro sejam obtidos por meio de atividades lícitas ou ilícitas, morais ou imorais. Em apertada síntese, ainda que de procedência contrária ao Direito, a renda líquida e o lucro podem e devem ser levados à tributação de que estamos tratando.⁴⁸

Por tudo quanto exposto, apesar dos lúcidos e respeitáveis argumentos em sentido contrário, vê-se que é de rigor a tributação do aumento patrimonial apurado via comprovação dos sinais exteriores de riqueza do contribuinte, mesmo que tal patrimônio tenha sido obtido com rendas auferidas ilicitamente, dado que o proceder fiscal, nesse caso, encontra total amparo nas normas de regência (respeito ao princípio da legalidade), afigurando-se alinhado, também, aos princípios constitucionais da isonomia/igualdade e capacidade contributiva, que guarnecem as características de generalidade e universalidade afetas ao tributo.

6 Hipóteses de recomposição financeira do ilícito perpetrado contra o Erário

Como visto em linhas anteriores, parte da doutrina⁴⁹ defende a intributabilidade dos valores ilicitamente integrados ao patrimônio da pessoa física, argumentando que nesses casos caberia somente a atuação repressiva do Estado — no

⁴⁶ *Imposto de Renda. Princípios da Generalidade, da Universalidade e da Progressividade*. Série Doutrina Tributária, v. XI. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 225.

⁴⁷ *Fato Gerador da Obrigação Tributária*. 6. ed., revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 45.

⁴⁸ *Imposto sobre a renda (perfil constitucional e termos específicos)*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42.

⁴⁹ Conforme referido no texto, temos as lições de Alessandra Gondim Pinho e Renato Lopes Becho.

campo civil, administrativo ou criminal —, para o fim de obter a cabível e adequada penalização, onde incluída a recomposição do Erário, pela decretação de perdimento das importâncias indevidamente amealhadas pelos delinquentes.

A base de sustentação desse pensamento realmente possui lastro na Constituição Federal, que em mais de um local prevê, nesses casos, a *reparação do dano e o perdimento de bens* (art. 5º, XLV e XLVI, b) e o *ressarcimento ao Erário* (art. 37, § 4º).

O ordenamento jurídico de regência alinha várias modalidades repressivas, que redundam no objetivo alvitrado. Dentre elas, chamam mais atenção as que seguem.

6.1 Improbidade administrativa

Nos termos do referido § 4º do art. 37 da Constituição Federal, veio a lume a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, que *dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências*.

Essa norma, depois de equiparar a agente público, para seus fins, qualquer particular que *induz a ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta* (art. 3º), indica imenso rol de atos omissivos e comissivos que são considerados ímprobos (arts. 9º, 10 e 11), passíveis de penalização, inclusive, se for o caso, com a *perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e ressarcimento integral do dano*, conforme previsto nos incisos de seu art. 12.

Como se observa, de fato a Lei 8.429/1992 significa importante ferramenta para a efetiva recomposição do Erário dilapidado em função de atos de improbidade praticados por agentes públicos e particulares equiparados, o que se dá na esfera civil e no âmbito do Poder Judiciário (art. 17), com estrita observância do devido processo legal.

6.2 Condenação criminal

Também no aspecto criminal há previsão da perda de bens e valores, inserida como uma das modalidades de penas restritivas de direito (art. 43, II, do Código Penal).

Mais adiante, em seu art. 91, o estatuto repressivo insere como efeitos genéricos da condenação: *tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo*

crime (inciso I); e *a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso* (inciso II, b). Em seu § 1º, esse mesmo art. 91 estabelece que

Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

Ainda no âmbito criminal, cabível lembrar os comandos inseridos na Lei 9.613, de 3 de março de 1998, que tratou dos crimes de *lavagem* ou ocultação de bens, direitos e valores, ao dispor em seu art. 7º que, além dos previstos no Código Penal, são efeitos da condenação, em um dos tipos nela previstos:

I - *a perda, em favor da União - e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual - de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé* [...].

Claras, portanto, variadas possibilidades legalmente previstas para o fim de recompor os desfalques causados ao Erário, por todos quantos alcançados pela reprimenda criminal decorrente da efetiva apuração e condenação dos ilícitos perpetrados nessa seara.

6.3 Acordo de colaboração ou delação premiada

Outro instrumento muito em voga atualmente, que também pode ensejar a efetiva recomposição dos prejuízos indevidamente causados ao Erário público, refere-se à prática que se denomina *colaboração* ou *delação premiada*.

Há muito a legislação brasileira assegura benefícios ao delinquente arrependido, que resolve contribuir na elucidação dos fatos investigados (*colaboração*), mesmo que para tanto necessite delatar seus companheiros na empreitada criminosa (*delação*).

Por exemplo, lembre-se parte do teor da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispôs sobre os crimes hediondos, onde, em seu art. 7º, acrescentou o § 4º ao art. 159 do Código Penal (extorsão mediante sequestro), dispondo à época que

Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a

libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços;

além disso, previu também, no parágrafo único de seu art. 8º, que

O participante e o associado [na prática de crime hediondo] que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Na atualidade, além de vários outros diplomas que também tratam dessa matéria (v.g. § 5º do art. 1º da referida Lei 9.613/1998), vige a Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, a qual esmiúça o procedimento de colaboração do criminoso para com o órgão de investigação persecutória. Em seu art. 4º, IV, a norma põe como uma das condicionantes para obtenção de benefício negociado (previsto no *caput*, segundo o qual *O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos*), que a *colaboração conduza à recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa*.

Assim, constata-se que de fato um dos objetivos almejados na admissão da prática voluntária de colaboração ou delação do criminoso arrependido, vincula-se, além de outros aspectos relacionados à elucidação do crime, à efetiva recomposição do Erário naqueles casos de corrupção e desvios de verbas públicas perpetrados por organização criminosa. No bojo desse efeito, obviamente que reside a clara possibilidade de o próprio colaborador/delator restituir, *sponte propria*, os valores ilicitamente desviados dos cofres públicos e que estejam em seu poder.

7 Procedimento administrativo de constituição do crédito tributário

Visto anteriormente que a autoridade administrativa responsável pelo atuar fiscal do Estado está devidamente autorizada a proceder à tributação do aumento patrimonial apurado pela comprovação dos sinais exteriores de riqueza do contribuinte, mesmo que tal patrimônio tenha sido amealhado por força de rendas auferidas ilicitamente.

Obviamente que essa tributação não terá cabimento em relação ao aumento patrimonial do delinquente que dilapidou os cofres públicos, mas que, antes da incidência tributária, compulsória ou voluntariamente, por um dos meios vistos no capítulo

anterior, recompôs o Erário, reduzindo, portanto, na mesma medida, seu patrimônio. Admitir a tributação dos valores efetivamente restituídos aos cofres públicos representaria, em última análise, incidência sobre montante não disponível ao sujeito passivo (porquanto, na hipótese versada, em verdade, tais valores pertenciam ao Erário), o que não se coaduna com a hipótese de incidência do tributo referido, como visto antes.

Desse modo, a tributação de valores auferidos ilicitamente, de que se trata, refere-se, apenas, àqueles casos em que os sinais exteriores de riqueza do contribuinte permanecem hígidos, podendo-se constituir, então, em base imponível do Imposto de Renda.

Assim concluído, uma vez constatado o sinal exterior de riqueza (ainda integrando o patrimônio do sujeito investigado) e depois do cumprimento de todas as etapas do devido procedimento fiscal, a autoridade administrativa deve cumprir seu ônus privativo e constituir o respectivo crédito tributário (cf. art. 142 do Código Tributário Nacional, segundo o qual *Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento*).

8 Revisão do lançamento tributário

Sem nenhuma sombra de dúvida pode-se afirmar que por suas características intrínsecas, onde necessariamente inserido o respeito à estabilidade jurídica, o lançamento tributário é ato administrativo praticado com a intenção de que seja definitivo. Possui, pois, a marca da imutabilidade.

Entretanto, em determinadas situações, justamente para preservação da segurança jurídica e outros caros princípios de ordem constitucional⁵⁰, admite-se a revisão unilateral do ato de lançamento, de molde a ajustá-lo à verdade material dos fatos.

Nesse sentido pontificam os termos do inciso III do art. 145 do Código Tributário Nacional:

O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de [...] iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

E o referido art. 149 assim dispõe:

⁵⁰ Como exemplo o princípio da estrita legalidade, previsto no art. 150, I, da Carta Magna.

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I - quando a lei assim o determine;

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

Pois bem. Assim vista a possibilidade de revisão unilateral do lançamento, os termos da norma legal reproduzida poderiam conduzir à errônea conclusão de que a referida autotutela administrativa teria sido construída para propiciar a alteração do ato somente em favor do Fisco, sujeito ativo tributário. Essa equivocada conclusão encontra total respaldo no conteúdo do parágrafo único do referido art. 149, que estabelece prazo decadencial para a prática revisional (“enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública”).

Mas conforme já dito, no entanto, não existe essa unilateralidade endereçada ao Fisco, pois a revisão do lançamento pode ocorrer, também, em favor do sujeito passivo. Veja-se, no particular, a lição de Hugo de Brito Machado:

Quando se fala de revisão do lançamento tributário, todavia, geralmente se quer fazer referência à exigência de diferença de tributo, posto que na revisão constatou-se ter havido no lançamento anterior determinação de valor menor do que o devido, e a Fazenda pretende, então, o pagamento da diferença.⁵¹

Desse modo, concluindo juntamente com o Mestre citado, perfeitamente possível, portanto, a ocorrência de anulação do ato administrativo, em procedimento revisional favorável ao contribuinte. Nessa situação, inclusive, bom que se diga desde logo, não é aplicável o prazo decadencial constante da norma, eis que tal limitação temporal somente tem razão de ser nos casos em que presente a necessidade de ser praticado outro ato de constituição (nova ou complementar, dependendo do grau de invalidade do ato originário) do crédito tributário sob revisão.

Uma das hipóteses legalmente previstas, que autoriza a revisão do lançamento em favor do contribuinte, vem prevista no inciso VIII do referido art. 149, onde inserida como fundamento revisional a constatação de fato novo, assim entendida aquela ocorrência não conhecida por ocasião do lançamento originário.

Tem-se, nesse aspecto, o que a doutrina que admite diferenciação dicotômica denomina erro de fato (em contraposição, segundo essa linha de pensamento, ao erro de direito).

Para a finalidade do presente trabalho, mesmo sem expressa filiação a específica corrente doutrinária e sem aprofundamento na investigação dos diferentes posicionamentos, importante salientar e deixar devidamente assentado: primeiro, que a ocorrência de fato novo, assim entendido o evento não conhecido por ocasião do lançamento originário e que possa interferir em quaisquer dos aspectos da relação jurídica estabelecida entre Fisco e contribuinte, conduz à revisão do ato originário; segundo, que a revisão do lançamento tributário prevista no art. 149 do Código Tributário Nacional pode ser levada a efeito, inclusive de ofício, também em favor do sujeito passivo, contribuinte.

Desde que conhecido fato novo, então, que repercute em um dos aspectos da relação jurídica

⁵¹ *Comentários ao Código Tributário Nacional. Artigos 139 a 218.* v. III. São Paulo: Atlas, 2005, p. 159.

tributária de origem, sobretudo em razão do princípio da legalidade ao qual jungida a atividade de que se trata, a Administração tem a obrigação de anular o ato anteriormente praticado, conforme, aliás, conteúdo da primeira parte do enunciado na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.⁵² Se o vício posto a descoberto pelo fato novo compatibilizar-se com nova constituição de crédito tributário e ainda estiver dentro do prazo decadencial, o Fisco providenciará novo lançamento; se não, o ato originário é anulado e em consequência deixa de existir a respectiva relação jurídica entre Fisco e contribuinte.

No sentido dessa conclusão, embora se referindo também a outros vícios (erro de direito e omissão, alheios ao objeto de nosso trabalho), o ensinamento de Alberto Xavier:

A anulação é o ato pelo qual a Administração fiscal destrói, total ou parcialmente, o lançamento que, em virtude de erro de fato, erro de direito ou omissão, tenha definido uma prestação tributária individual superior à que decorre da lei. Nestes casos o ato anulado padece de um vício em sentido próprio, de uma nulidade: os seus efeitos cessam de se produzir mercê de um ato jurídico secundário que os constata e que, consequentemente, os destrói retroativamente, de modo total ou parcial.⁵³

Conforme a lição reproduzida e tudo o mais antes posto, estamos autorizados a concluir que a constatação de fato novo, ocorrido após a constituição do crédito tributário e que repercute em um dos aspectos da relação jurídica assim estabelecida entre sujeitos ativo e passivo, conduz à obrigatória revisão do ato de lançamento, no âmbito administrativo.

9 Anulação do ato que tributa renda ilícita, em caso de restituição dos valores

Embora já indicado em momento anterior, importante repetir, neste passo, a situação hipotética com que se trabalha desde o início: sujeito passivo tributário auferir renda ilicitamente (v.g. desvio de recursos públicos), transformando-a em bens

patrimoniais; em vista dos sinais exteriores de riqueza, sem origem comprovada, a autoridade administrativa constitui o respectivo crédito tributário correspondente à omissão de receitas; posteriormente, por um dos meios legalmente previstos, esse mesmo indivíduo, voluntária ou compulsoriamente, entrega ao Erário aquele patrimônio indevidamente amealhado, sobre o qual incidiu a tributação.

Pergunta-se, ferindo frontalmente uma das indagações do presente estudo: em vista de tais fatos, a autoridade administrativa competente pode, ou deve, anular o respectivo ato de lançamento que originou dita obrigação tributária?

Antes de esboçar resposta à indagação, afigura-se importante imaginar outra situação hipotética, que pode lançar luzes sobre o assunto. Utilizando o mesmo caso antes indicado, imaginemos que o desfazimento do patrimônio ilicitamente acrescido (pela restituição voluntária ou forçada dos bens ao Erário), tenha ocorrido antes de iniciado o procedimento administrativo tendente ao ato de lançamento. Ou seja, antes mesmo de o Fisco federal deparar-se com os sinais exteriores de riqueza, estes se desfizeram em razão da restituição dos bens ao seu verdadeiro proprietário.

Nessa nova exemplificação, seria possível lançar o tributo sobre a omissão de receita apurada em razão dos sinais exteriores de riqueza que não mais existem? A resposta, evidentemente, há de ser negativa, dado que não preenchido aspecto material necessário para configurar a relação jurídica tributária, haja vista o total desfazimento da situação que autorizava o enquadramento na hipótese de incidência de que se trata.

Poder-se-ia refutar essa conclusão, no caso, com arrimo no conteúdo do parágrafo primeiro do art. 113 do Código Tributário Nacional, segundo o qual a obrigação tributária surge simultaneamente à ocorrência do fato gerador, ou seja, na situação exemplificativa em referência, a norma poderia conduzir ao entendimento de que a relação jurídica entre contribuinte e Fisco teria surgido no momento da aquisição do patrimônio que ensejou o sinal exterior de riqueza demonstrativa da omissão de receitas; com isso, o posterior desfazimento desse patrimônio (pela devolução dos valores ao Erário) não teria repercussão na situação jurídica já constituída.

No entanto, além da completa falta de razoabilidade nesse entendimento (pois autoriza concluir pela tributação de uma não renda), tem-se

⁵² "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

⁵³ *Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 257.

que deixar consignado, na situação, o nítido efeito retroativo representado pela desconstituição do patrimônio do sujeito passivo.

Com efeito, nessas hipóteses é o próprio ordenamento de regência que fixa o efeito retroativo para a anulação de negócio jurídico.⁵⁴

Do mesmo modo ocorre nas situações em que o indivíduo, voluntariamente, nos termos das normas retro referidas (item 3 do capítulo 6), resolve devolver aos cofres públicos os valores irregularmente desviados, eis que o regramento normativo exige que a recomposição seja integral (*recuperação total do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa*). Acaso a restituição voluntária seja parcial, o acordo entabulado no âmbito criminal não inibe, absolutamente, seja perseguida a integral recomposição dos cofres públicos, em sede própria (conforme previsto, *v.g.*, nos incisos do art. 12 da Lei 8.429/1992: *ressarcimento integral do dano, quando houver*).

Ainda necessário lembrar que eventual sentença condenatória, no âmbito civil ou criminal, que obrigue o condenado a restituir os valores ilicitamente amealhados, possui nítida natureza retroativa nesse aspecto, na medida em que, para tanto, reconhece e declara o desvio ilícito ocorrido, com a consequente obrigação reparatória integral do dano.

Como se observa, então, em qualquer aspecto da abordagem, a recomposição do prejuízo aos cofres públicos, via restituição de valores, se dá de modo retroativo.

E se assim é, bem analisados os aspectos da hipótese de incidência de que se trata, tem-se que aquela aparente omissão de receita em verdade não existiu, pois o desfazimento posterior do patrimônio do responsável pelo desvio das verbas opera de modo retroativo, anulando, portanto, qualquer aparência de aumento patrimonial passível de tributação.

Nessa linha de raciocínio, lícito concluir, reforçando a resposta à pergunta antes formulada, que realmente não pode ser lançado tributo sobre omissão de receita apurada em razão de sinais exteriores de riqueza que não mais existem, pois diante da falta de preenchimento de aspecto material necessário para

configurar a relação jurídica tributária, estar-se-ia, na hipótese, tributando uma não renda.

O mesmo se diga, também, no caso de a restituição de valores ter ocorrido depois do lançamento feito pela autoridade administrativa competente, já que o aspecto temporal não repercute nos efeitos jurídicos antes estudados.

Realmente. O fato de a restituição voluntária ou forçada dos valores desviados ter ocorrido em momento posterior à atividade administrativa de constituição do crédito tributário não retira o caráter retroativo da recomposição do dano apurado. Ou seja, também aqui a restituição de valores aos cofres públicos tem o condão de anular o aspecto material que ensejou a tributação, conduzindo à ideia de que a renda utilizada como base de incidência tributária, do ponto de vista jurídico, nunca existiu.

Sobre o assunto, há muito lecionava Gaston Jèze, ao afirmar:

O fato gerador do imposto é que serve de base para a competência dos agentes do fisco criarem a dívida individual desse imposto. Se, portanto, por uma razão qualquer – a anulação de um ato jurídico, por exemplo –, o fato gerador desaparece antes do exercício da competência, essa competência não poderá exercer-se. Se o fato gerador do imposto desaparece depois do nascimento da dívida individual, encontramos no caso de uma dívida nascida de *falsa causa*. Haverá pagamento do indébito? É preferível a resposta afirmativa (teoria das nulidades dos atos jurídicos, sob o ponto de vista do imposto).⁵⁵

Aliás, admitir a incidência tributária no caso ilustrativo apontado representa, em última análise, candente ferimento ao antes lembrado princípio constitucional que veda a utilização de tributo com efeito de confisco (item 5 do capítulo 3), eis que não existe, como visto, a presença de riqueza nova que justifique o atuar estatal no campo da tributação.

Portanto, desfeita a obrigação tributária de origem, claro que o crédito correspondente, declarado pelo lançamento, há de seguir a mesma sorte.

Aplicável no caso a lição de Geraldo Ataliba, segundo a qual

⁵⁴ Art. 182 do Código Civil: Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restitui-las, serão indenizadas com o equivalente.

⁵⁵ O fato gerador do imposto (contribuição à teoria do crédito de imposto). Traduzido por Paulo da Mata Machado. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 2, n. 1, julho 1945, p. 57.

Enquanto não ocorra o fato descrito na hipótese, o mandamento fica em suspenso, não incidindo. Sua incidência é condicionada à ocorrência do fato previsto na respectiva hipótese. Averiguar-se, em cada caso, se ocorreu fato subsumido à hipótese é fundamental, para apurar-se se houve ou não incidência do mandamento.⁵⁶

Por tudo quanto exposto, confirmando conclusões anteriormente adiantadas e em resposta ao questionamento principal antes formulado, tem-se que a restituição de valores desviados dos cofres públicos constitui fato novo relevante, conforme previsto no art. 149, VIII, do Código Tributário Nacional, gerando, por conseguinte, obrigação para a autoridade administrativa competente, de anular o respectivo ato de lançamento que se lastreou em base de cálculo posteriormente desconstituída. Conforme a lição de Geraldo Ataliba, portanto, não ocorrido o fato previsto na hipótese, não pode incidir o mandamento que constitui a obrigação em referência.

10 Conclusões

Como principais conclusões, pode ser alinhado que:

a) o ato estatal de exigir tributos dos cidadãos é imprescindível para o bom funcionamento da estrutura pública;

b) no Brasil, os grandes alicerces para proteção dos contribuintes diante da atuação estatal em matéria tributária são os princípios constitucionais tributários;

c) dentre os principais princípios constitucionais explícitos, sobressaem os da legalidade, da isonomia/igualdade, da capacidade contributiva e o que veda a utilização de tributo com efeito de confisco;

d) em matéria tributária, contribuinte e Fisco estabelecem relação jurídica pautada na igualdade entre ambos, sem qualquer preponderância de poder estatal sobre o particular;

e) no Brasil, a Constituição Federal fixa pormenorizadamente as diretrizes que o legislador ordinário há de obedecer quando do exercício da competência tributária a ele outorgada;

f) o fato impositivo do Imposto de Renda das pessoas físicas corresponde ao acréscimo patrimonial

observado em dado lapso temporal, que decorra da efetiva aquisição de disponibilidade de renda ou proventos de qualquer natureza;

g) admitem-se presunções legais em matéria tributária, como é o caso da incidência sobre omissão de receita baseada em sinais exteriores de riqueza, desde que vinculada à estrita observância de todas as garantias conferidas ao cidadão contribuinte;

h) a autoridade fiscal não tem obrigação de investigar a origem de valores omitidos da tributação; no entanto, se no procedimento de apuração do crédito tributário deparar-se com a prática de ilícito que tenha ensejado aumento patrimonial do contribuinte, deverá adotar as medidas funcionais a que submetida, inclusive no âmbito criminal;

i) independentemente da constatação de ilícito na obtenção dos valores omitidos que tenham ensejado aumento patrimonial, após o devido processo legal a autoridade administrativa deverá atuar o sujeito passivo, para que pague o tributo devido relativamente à base impositiva não declarada a tempo e modo ao Fisco;

j) no Direito brasileiro existem várias hipóteses que determinam a recomposição financeira do Erário indevidamente dilapidado, tais como as decorrentes de condenação judicial criminal ou por improbidade administrativa, como também a modalidade voluntária prevista em acordo de colaboração ou delação premiada;

k) enquanto não restituídos aos cofres públicos os valores indevidamente amealhados, permanece hígida a base impositiva do imposto de renda, consistente na obtenção de receita tributável;

l) o lançamento tributário configura ato administrativo definitivo. Não obstante, em determinadas situações, conforme previsto no art. 149 do Código Tributário Nacional, é admitida sua revisão unilateral, para adequação à verdade material dos fatos;

m) a revisão unilateral do lançamento pode ocorrer também em favor do contribuinte. Nessa situação, não existe limitação temporal (prazo decadencial) para a prática do ato de ofício;

n) um dos motivos legalmente previstos que enseja a revisão do ato de lançamento vincula-se à constatação de fato novo, ocorrido após a constituição do crédito tributário e que repercute em um dos

⁵⁶ *Hipótese de Incidência Tributária*, 6. ed, 15ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 42-3.

aspectos da relação jurídica estabelecida entre sujeitos ativo e passivo;

o) a restituição de valores desviados dos cofres públicos constitui, no campo tributário, fato novo relevante (inciso VIII do art. 149 do Código Tributário Nacional); e

p) uma vez comprovada a devolução voluntária ou forçada de valores desviados dos cofres públicos, a autoridade competente tem a obrigação de anular o respectivo lançamento tributário, dado que desfeito aspecto material contido na hipótese de incidência que lastreava o ato.

11 Referências

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*, 6. ed., 15ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2014.

BARRETO, Aires e GIARDINO, Cléber. Presunções no Direito Tributário. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Cadernos de pesquisas tributárias. V. 9, São Paulo: Resenha Tributária, 1991.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do Direito Tributário*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

_____. *Lições de Direito Tributário*. Teoria Geral e Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. A Discussão sobre a Tributabilidade de Atos Ilícitos. *Revista Dialética de Direito Tributário* 172. São Paulo: Dialética, 2010.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de Direito Tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Código Tributário Nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Lei 8.021, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Lei 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Lei 8.846, de 21 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a emissão de documentos fiscais e o arbitramento da receita mínima para efeitos tributários, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Lei 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

CANTO, Gilberto de Ulhôa. Presunções no Direito Tributário. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Cadernos de pesquisas tributárias. V. 9, São Paulo: Resenha Tributária, 1991.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 30. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Imposto sobre a renda (perfil constitucional e termos específicos), 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Curso de Direito Tributário*, 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Silvio. *A Carta de Pero Vaz de Caminha. O Descobrimiento do Brasil*. Coleção Descobertas L&PM, Porto Alegre: L&PM, 1996.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COSTA, Regina Helena, *Curso de Direito Tributário*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FALCÃO, Amílcar. *Fato Gerador da Obrigação Tributária*. 6. ed., revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2001.

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *O Tributo*. Análise ontológica à luz do Direito Natural e do Direito Positivo. São Paulo: Max Limonad, 1983.

GUTIERREZ, Miguel Delgado. *Imposto de Renda*. Princípios da Generalidade, da Universalidade e da Progressividade. Série Doutrina Tributária v. XI. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

JÊZE, GASTON. O fato gerador do imposto (contribuição à teoria do crédito de imposto). Traduzido por Paulo da Mata Machado. *Revista de Direito Administrativo*, v. 2, n. 1, julho 1945.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Artigos 139 a 218. v. III. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. Tributo e atividade ilícita. *Revista Tributária e de finanças públicas* n. 87, São Paulo: RT, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 14ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de Direito Financeiro*. 2. ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PINHO, Alessandra Gondim. *Fato Jurídico Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, v. III. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Disponível em <<http://www.transparency.org/cpi2015>>.

XAVIER, Alberto. *Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Ação de improbidade

Fernando Tourinho Filho*

O § 2º, acrescido ao art. 84 do diploma processual penal, prescrevia:

A ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública [...].

Esse preceito, em 15/09/2005, por maioria, foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Mas, *concessa maxima venia*, ele não malferiu nossa Lei Magna, como se tem propagado; antes, consoa-se e harmoniza-se com o texto. Se a Constituição Federal erigiu determinados tribunais para processar e julgar as pessoas mais representativas do nosso cenário jurídico-político, como o presidente da República, o vice-presidente, seus próprios ministros, deputados federais, senadores, o procurador-geral da República, o advogado-geral da União, os membros dos tribunais superiores da República, do Tribunal de Contas da União, nossos embaixadores, ministros de Estado e comandantes das Três Armas, em toda e qualquer infração penal, ressaltando-se, tão somente, quanto aos crimes de responsabilidade, os seus próprios ministros, o presidente e o vice-presidente da República, o procurador-geral da República, o advogado-geral da União, e bem assim as pessoas elencadas no art. 52, I, da Constituição da República, quando, então, o processo e julgamento são da exclusiva alçada do Senado Federal, governadores, desembargadores, membros dos tribunais regionais federais, eleitorais e do Trabalho, juízes e membros do Ministério Público etc., seria o superlativo da irrisão, o *nec plus ultra* do absurdo, como dizia Ruy, permitir aos juízes de 1º grau o julgamento da ação “civil” por improbidade administrativa em relação a essas pessoas que têm foro privativo, tendo em vista a natureza das sanções ali cominadas, dentre estas a perda do cargo e a suspensão dos direitos políticos, reprimendas eminentemente penais.

Assim, parece-nos claro que o § 2º do art. 84 do CPP se ajustava à Constituição e, por isso mesmo, o art. 102, I, *b* e *c*, da Carta Magna, por interpretação analógica, devia ser estendido àquelas hipóteses da Lei de Improbidade, porquanto as sanções cominadas às condutas ali enunciadas são eminentemente penais e, às vezes, as próprias condutas descritas naquele diploma são uma repetição de outras tipificadas no Código Penal.

Canotilho faz referência a uma antiga jurisprudência americana segundo a qual os juízes devem interpretar as leis *in harmony with the constitution...* Trata-se mais de um princípio de integração hierárquico-normativa do que de um simples princípio de conservação de normas (J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, Coimbra: Almedina, 1996, pp. 1.111-1.112). Alie-se, por último, à velha e revelha presunção de constitucionalidade das leis. E haveria acentuada arritmia institucional pudesse a inferior instância, numa inversão de hierarquia, punir pessoas que a Constituição colocou ao amparo dos tribunais, sob o falso pretexto de estar julgando ações civis, quando se sabe que as condutas descritas na Lei de Improbidade se sujeitam a uma pesada carga penal.

Ensina Carlos Maximiliano:

Deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, e este, juridicamente nulo [...] (*Heremênutica e aplicação do direito*, 7. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 210, n. 179).

Não se nega possa ser promovida ação civil pública ou mesmo ação popular, na inferior instância, em relação a quem quer que seja, mesmo porque, na pior das hipóteses, a sanção consistiria na recomposição de eventual dano. Já em se tratando de improbidade administrativa, há sanções nitidamente penais... Não se pode sequer estabelecer um paralelismo entre as consequências de uma decisão proferida em ação popular e as decorrentes da sentença que julga procedente a ação de improbidade, o que confere à lei

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

que a disciplina acentuado caráter híbrido. A propósito, a lição do sempre lembrado Frederico Marques:

No plano formal, a natureza penal ou extrapenal do ilícito se distingue pelo caráter da sanção cominada, o que obriga a verificar-se, primeiro, qual o tipo da medida sancionadora para em seguida determinar-se se contém regra penal ou não penal o preceito primário a que se liga a *sanctio juris* [...] (*Curso de direito penal*, São Paulo: Saraiva, 1956, v. 3, p. 101, n. 2).

Ora, a perda do cargo, nos termos do art. 92, I, do Código Penal, é efeito específico da condenação penal. No mesmo sentido, art. 55, VI, da Constituição da República; art. 16 da Lei 7.716, de 05/01/1989 (preconceito de raça ou de cor praticado por servidor público); art. 83 da Lei 8.666, de 21/06/1993 (crime referente a licitação pública cometido por servidor público); art. 4º do Decreto-Lei 201, de 27/02/1967; art. 2º da Lei 1.079, de 10/04/1950. Assim, se o art. 12, I, II e III, da Lei 8.429, de 02/06/1992, comina, além de outras sanções, a pena de perda do cargo ou função pública, não se pode negar ao referido diploma acentuado colorido penal.

Na hipótese da Lei 8.429/1992, além de condutas que apresentam um misto de ilícito civil e ilícito penal, numa espécie de hermafroditismo jurídico, às vezes o texto repete com outras palavras, e com sanções mais rigorosas, as mesmas disposições do Código Penal, de que são exemplos os incisos I, II, III, VI, IX e X do art. 9º, e os incisos I e III do art. 11.

Em relação às ações previstas no art. 9º da Lei 8.429/1992, não haverá necessidade de *un tour de force* para encartá-las na moldura das figuras delituais penais descritas nos arts. 316, 317 e 312 do Código Penal. O inciso IV do art. 9º encontra seu paradigma no inciso II do art. 1º do Decreto-Lei 201, de 27/02/1967; o inciso VIII do art. 9º encontra seu correspondente no art. 89 da Lei 8.666, de 21/06/1993; o inciso IX do art. 9º configura peculato; o inciso I do art. 10 é repetição do art. 2º, c, da Lei 4.717/1965; o inciso II do art. 11 descreve uma conduta mais severa que a descrita no art. 319 do Código Penal; o inciso III do art. 11 é reprodução do art. 325 do Código Penal...

Nesse mesmo sentido, vejam-se as considerações feitas por Marino Pazzaglini Filho et al. (*Improbidade administrativa*, São Paulo: Atlas, 1997, em especial pp. 58, 61, 69, 74, 117). Praticamente, ao que tudo indica, na época da elaboração da Lei 8.429/1992, o legislador, inadvertidamente, permitiu que indisfarçadas

condutas delituais penais pudessem ser apreciadas na 1ª instância (e, o que é pior, perante a jurisdição civil), naqueles casos que envolvem competência originária e privativa da Excelsa Corte, do STJ, dos TRFs e dos TJs. Faltou ao referido diploma clareza, limpidez e atenção às regras da competência originária. E, como ensinava Ruy, para bem redigir leis [...] não basta gramaticar proficientemente [...] (*Escritos e discursos seletos*, Rio de Janeiro: Ed. José Aguilar, 1960, p. 933, verbete “gramática e língua”).

Antes da promulgação desse diploma, qualquer daquelas condutas previstas nos incisos I, II, III, VI, IX e X do art. 9º se amoldaria ao tipo descrito no art. 317 do Código Penal, tão manifesta sua tipicidade; a descrita no art. 11, III, é praticamente a repetição do art. 325 do estatuto repressivo, e, finalmente, a prevista no art. 11, II, do referido diploma é muito mais rigorosa que a do art. 319 do Código Penal. Vejamos.

Código Penal:

Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. *Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.*

Lei de Improbidade:

Art. 11. [...]

[...]

II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

Art. 12. [...] está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

[...]

III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Vale aqui uma observação: no estatuto penal exige-se mais para a integração do tipo — o elemento subjetivo específico —, qual seja, “satisfazer interesse” ou “sentimento pessoal”. Na Lei de Improbidade, ao invés, basta o indevido retardamento ou a omissão do ato de ofício, pouco importando se há ou não interesse pessoal (material ou moral). Em suma: se o “diploma

civil” exigisse o elemento subjetivo do injusto, tal como o fez o legislador penal, não saberíamos nem mesmo qual a extensão da pena.

Perfeito o temor de Alcalá-Zamora:

[...] *si en manos de cualquiera estuviese las más altas magistraturas, sin cortapisa alguna, ante los peldaños inferiores de la organización judicial, colocándolas, de momento al menos, en una situación desairada y difícil, bien cabe imaginar el partido que de esa facilidad excesiva sacarían las malas pasiones [...]* (*Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ed. Guillermo Kraft, 1945, v. 1).

Não se deve deslembrar, e tampouco é ocioso repetir, serem inúmeras as sanções prescritas aos que forem condenados por infringência dos arts. 10 ou 11 da Lei 8.429, de 02/06/1992, inclusive perda da função pública e suspensão dos direitos políticos (art. 12). Haveria, então, uma subversão de hierarquia, o presidente da República, governadores, senadores, deputados federais, ministros, e outras pessoas da mais alta representatividade dentro da contextura da organização política constitucional da nossa Pátria, perderem o cargo ou o mandato por ato de juízes de 1ª instância.

Respeitável corrente afirma que o § 2º do art. 84 do CPP era inconstitucional, porquanto a ação de improbidade administrativa é de natureza cível e a Constituição dela não cuidou... Rigorosamente, é uma lei penal travestida de civil, pelas sanções que comina... O outro argumento foi e é grosseiro. Dizer, como disseram alguns operadores do Direito, que, se o julgamento ficar afeto aos tribunais, haverá impunidade, equivale a dizer que os órgãos de 1º grau são mais aptos a desempenhar a função jurisdicional... A presunção e a impolidez, aí, chegaram ao extremo. Aliás, a eminente Ministra Ellen Gracie, antes mesmo da promulgação dessa lei, quando se discutia a extensão do foro especial para os agentes políticos nos processos por improbidade administrativa, observou que a não extensão do foro especial para essas pessoas nas hipóteses de improbidade administrativa resultaria “na instauração do foquismo (primado dos neófitos de primeira instância) no Judiciário, criando inquietação no governo” (A polêmica do foro especial, *O Estado de S. Paulo*, 1º/12/2002). E acrescentamos: a “síndrome do holofote” causaria inquietação e desassossego... e, ao mesmo tempo, alentaria o número desses torquemadescos da vida, ávidos de manchetes picantes e escandalosas no afã de sair do anonimato.

Concessa maxima venia, e com todo o respeito àqueles que defendem tese contrária, negar validade constitucional ao § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal é interpretá-lo desatentamente, de maneira vesga. A Suprema Corte, entretanto, por maioria, em 15/09/2005, provendo as ADInS 2.797 e 2.860 da Conamp e da AMB, proclamou a inconstitucionalidade da lei que introduziu esse parágrafo no corpo do art. 84 do CPP. Restará, agora, apenas uma saída: promulgação de eventual emenda constitucional restaurando as regras contidas nos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP. E tal emenda encontra-se na Câmara dos Deputados após ter sido aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado em dezembro de 2005.

Cumprido observar que a discussão a respeito do tema não cessou. Ainda em setembro de 2011, tendo o Deputado Federal Anthony Garotinho apelado de decisão de primeira instância que o condenara por ato de improbidade administrativa e, denegado o apelo, interposto recurso especial, que foi inadmitido, isso o levou a agravar da decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, agravo que, por sua vez, não foi acolhido. Dessa decisão foi interposto o AgRg 1404254/RJ, em 27/09/2011, tendo o eminente Ministro Teori Zavascki suscitado, em questão de ordem, a incompetência da Turma para o julgamento do recurso e a consequente remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal, salientando que “a condenação por improbidade é de inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns”. E acrescentou: “o foro privilegiado garantido pela Constituição também deve se estender aos processos por improbidade”, e sustentou a incompetência do STJ para apreciar o agravo de instrumento e a consequente remessa dos autos à Suprema Corte. Em seu voto, além de outras considerações, observou:

Em julgado de 13 de março de 2008, a Suprema Corte reabriu a questão, ao declarar que ‘compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros’ (QO na Pet. 3.211-0, relator para o acórdão o Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008). No particular, a decisão foi tomada por ampla maioria, com apenas um voto vencido, do relator original, Min. Marco Aurélio. Considerou-se, para tanto, que a prerrogativa de foro decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que não se compatibiliza com a possibilidade de juiz de primeira instância processar e julgar causa promovida contra ministro do Supremo Tribunal Federal, ainda mais se a procedência da ação puder

acarretar a sanção de perda do cargo. Ilustra a posição majoritária o voto então proferido pelo Min. Cezar Peluso:

"[...] se, pelos mais graves ilícitos da ordem jurídica, que são o crime comum e o crime de responsabilidade, Ministro do Supremo Tribunal Federal só pode ser julgado pelos seus pares ou pelo Senado da República, seria absurdo ou o máximo do contrassenso conceber que a ordem jurídica permita que Ministro possa ser julgado por outro órgão em ação diversa, mas entre cujas sanções está também a perda do cargo. Isto seria a desestruturação de todo o sistema que fundamenta a distribuição da competência, para julgamento dos ilícitos mais graves atribuídos a Ministro da Suprema Corte, entre o Supremo Tribunal Federal e o Senado da República".

Esse precedente, como se percebe, afirma a tese da existência, na Constituição, de competências implícitas complementares, deixando claro que, inobstante a declaração de inconstitucionalidade do preceito normativo infraconstitucional (Lei 10.628, de 2002), a prerrogativa de foro, em ações de improbidade, tem base para ser sustentada, ainda que implicitamente, na própria Carta Constitucional.

Essa nova orientação do STF acarretou um reexame da matéria também no STJ. Assim, ao julgar a reclamação 2115, de que fui relator - aduziu o E. Ministro Teori Zavascki - (julgamento concluído em 18/11/09), a Corte Especial, por unanimidade, considerou que as mesmas razões que levaram o STF a negar a competência de juiz de grau inferior para a ação de improbidade contra seus membros, autorizam a concluir que também não há competência de primeiro grau para julgar ação semelhante, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra membros de tribunais de segundo grau e de outros tribunais superiores. Ora, por imposição lógica de coerência na interpretação do sistema e dos princípios constitucionais,

não há como sustentar que, por força de norma infraconstitucional, seja viável submeter à primeira instância do Judiciário ação de improbidade, com sanção de perda do cargo, contra um Governador de Estado, que também tem foro por prerrogativa de função, tanto para crimes comuns (o STJ) como para crimes de responsabilidade (a respectiva Assembleia Legislativa).

Ministro Víctor Nunes Leal, em voto proferido no STF: "a jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída, não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja a eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado" (Recl. 473, rel. Min. Víctor Nunes, j. 31.01.1962, DJ 06.06.1962).

Ora, se a Constituição tem por importante essa prerrogativa, qualquer que seja a gravidade da infração ou a natureza da pena aplicável em caso de condenação penal, não há como deixar de considerá-la ínsita ao sistema punitivo da ação de improbidade, cujas consequências, relativamente ao acusado e ao cargo, são ontologicamente semelhantes e eventualmente até mais gravosas. *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. Se há prerrogativa de foro para infrações penais que acarretam simples pena de multa, não teria sentido, concluiu, retirar tal garantia para as ações de improbidade que importam, além da multa pecuniária, também a perda da própria função pública e a suspensão dos direitos políticos.

A Súmula 405 do STF e a segurança jurídica

Arnoldo Wald* e Rodrigo de Oliveira Kaufmann**

I A criação das súmulas no STF

Razões de sua criação

O Supremo Tribunal Federal (STF) iniciou a década de 60 diante de um problema que se destacava e já era considerado dramático para os ministros e advogados que atuavam perante a Corte: o excesso de processo que ameaçava o funcionamento do Tribunal e afetava a qualidade de seus julgados.

O diagnóstico do “*congestionamento crônico*”, na expressão de Aliomar Baleeiro quando já identificava, em trabalho de 1968, a “*avalanche de processos que se derramaram no nosso mais alto Tribunal*”¹ era confirmada pelos números: em 1950, o STF julgara 3.511 processos, número esse que saltou para 7.869 processos em 1964, tendo nesse mesmo ano acumulado como passivo 1.081 casos.

Diante do problema colocado, o STF do início dos anos 60 estava preocupado com a sua funcionalidade, seja para diminuir a reprodução de recursos desnecessários, uma vez que traziam ao Tribunal velhos debates, seja para tornar a sua própria jurisprudência mais clara e difundida diante da percepção da confusão e incoerência de posicionamentos jurisdicionais dos tribunais *a quo*.

Essa leitura da realidade, bem caracterizada pelo olhar de Victor Nunes Leal², passava também pela preocupação com a própria autoridade do Tribunal. Havia certo consenso de que essa situação processual, não contribuía para a função de uniformização na interpretação do Direito federal.

Dentro de um “pacote” de providências administrativas tomadas pelo STF naquela década³, está

a adoção da *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal* por meio da aprovação de emenda regimental publicada no Diário da Justiça em 30/08/1963.

O primeiro conjunto de súmulas discutidas em plenário a partir da proposta da Comissão de Jurisprudência ou de qualquer dos ministros se deu em 13/12/1963 com a aprovação de 370 enunciados. As Súmulas 371 a 404 foram votadas em sessão plenária de 03/04/1964, as Súmulas 405 a 438 foram apreciadas em sessão de 1º/06/1964 e as Súmulas 439 a 472 foram aprovadas na sessão plenária de 1º/10/1964. Outros enunciados somente voltaram a ser examinados na sessão de 03/12/1969 (até a Súmula 551), de 15/12/1976 (até a Súmula 600), de 17/10/1984 (até a Súmula 621), de 24/09/2003 (até a Súmula 721) e, finalmente, na sessão de 26/11/2003 (até a Súmula 736). Verifica-se, assim, que mais da maioria das súmulas têm cerca de sessenta anos, durante os quais o Brasil e o nosso direito tiveram modificações radicais.

A necessidade de revisão das súmulas

O novo “método de trabalho” do STF por meio da utilização das súmulas gerou, desde o início, bastante discussões e polêmicas, merecendo, inclusive, ampla justificativa anterior e posterior à sua adoção⁴.

É importante destacar, entretanto, que, desde a sua instituição em nosso modelo de Suprema Corte, as súmulas foram imaginadas efetivamente como “*método de trabalho*”, “*um instrumento de autodisciplina do Supremo Tribunal, um elemento de racionalização*”

* Advogado. Professor catedrático da Faculdade de Direito da UERJ. Fundador do escritório Wald e Associados Advogados.

** Advogado, sócio do escritório Wald e Associados Advogados. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público.

¹ BALEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, pp. 121 e 123.

² LEAL, Victor Nunes. A renovação de métodos do Supremo Tribunal e a súmula de sua jurisprudência predominante. In: *Problemas de direito público e outros problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, v. 2, p. 45.

³ Dentre as medidas adotadas, encontravam-se algumas bastantes polêmicas. A “*providência heróica e controversa*” a que fez menção Aliomar Baleeiro (O Supremo Tribunal Federal, op. cit., p. 124), consubstanciada na emenda regimental que acrescentara, em 29/05/1964, o art. 309-A ao Regimento Interno do STF de 1940, consistia em uma espécie de chamamento público, por meio de editais, para que as partes dos recursos extraordinários, agravos de instrumentos e embargos parados há mais de 10 anos no Tribunal se apresentassem para manifestarem interesse na continuidade dos respectivos processos.

⁴ Cabia ao Ministro Victor Nunes Leal essa responsabilidade, uma vez que se atribuí-la a ele a idealização do novo formato e a redação da própria emenda regimental que o instituiu. Na resposta às críticas, destaca-se o seu texto “*A súmula do Supremo Tribunal e o restatement of the law dos norte-americanos*” (In: *Problemas de direito público e outros problemas*, op. cit., pp. 59-64).

da atividade judiciária, que simplifica a citação de precedentes⁵, e, portanto, não pretendiam funcionar como substitutos eventuais da produção legislativa ou equipararem-se a leis e outros atos normativos.

Tanto foi assim que a própria Emenda Regimental de 1963 já fixava também a forma de revisar os enunciados (art. 7º) e possibilitava a sua revogação tácita diante de novo entendimento jurisprudencial do plenário do Tribunal (art. 8º). A preocupação com a modificabilidade dos enunciados estava presente em todos os textos justificadores do novo instituto escritos pelos seus defensores. Para esses juristas, as súmulas instauraram no sistema brasileiro um modelo semelhante ao do *stare decisis et non quita movere* ou *restatement of the law*⁶ do direito norte-americano.

Quando da publicação das primeiras súmulas, em janeiro de 1964, a Comissão de Jurisprudência do STF, então formada pelos Ministros Gonçalves de Oliveira, Victor Nunes Leal e Pedro Chaves, fez incluir uma “Explicação necessária”, onde se afirmou:

[...]

O Supremo Tribunal Federal tem por predominante e firme a Jurisprudência aqui resumida, embora nem sempre tenha sido unânime a decisão dos precedentes relacionados na Súmula. Não está, porém, excluída a possibilidade de alteração do entendimento da maioria, nem pretenderia o Tribunal, com a reforma do Regimento, abdicar da prerrogativa de modificar sua própria Jurisprudência.

[...]⁷

Também na mesma linha, advertia Luiz Gallotti já em 1978:

[...]

Repito, entretanto, a ponderação que fiz, um dia, na Suprema Corte: por vezes acontece que temos dúvida sobre o acerto de decisões que constam da Súmula e, porque elas estão na Súmula, deixamos de reabrir o debate. Cumpre, pois, evitar que ela conduza ao imobilismo. Lembro-me de haver concorrido, em grau modesto, para que algumas fossem revistas. E disso não me arrependo.

⁵ LEAL, Victor Nunes. *A súmula do Supremo Tribunal*, op. cit., p. 63.

⁶ BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*, op. cit., p. 126; LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público e outros problemas*, op. cit., p. 59.

⁷ MÓSCA, Hugo. *O Supremo Tribunal, ontem e hoje*. Brasília: Gráfica Gutenberg, 1986, p. 134.

[...]⁸

Restava claro, dessa forma, que, desde o início, as súmulas não poderiam trazer algo como que uma presunção definitiva de acerto, ou aceitar uma interpretação que pretendesse conferir aos seus enunciados um caráter infalível e soberano.

Se isso era verdade já na sua instituição, especialmente diante das severas críticas que o novo modelo recebeu, é de se imaginar que seria também adequada e conveniente a submissão dessas linhas orientativas ao teste da constitucionalidade ou da correção diante dos novos fatos, novas legislações e novos institutos.

Nessa linha, é evidente a constatação de que as primeiras súmulas foram elaboradas e aprovadas em plenário em contexto jurídico, econômico, político e social totalmente diverso do atual, não seria fora de propósito examinar e concluir pela superação de algum desses enunciados diante dos novos tempos e dos novos fatos.

II A Súmula 405 do STF

A Súmula 405 do STF, a primeira aprovada na sessão plenária de 1º/06/1964, é um bom exemplo dos efeitos práticos da evolução do tempo e das instituições jurídicas sobre a interpretação que chegou a vigorar inquestionável na jurisprudência do STF.

Após mais de 50 anos de idade, a Súmula 405 conserva ainda a sua redação original:

Súmula 405

Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.

Seu texto parecia se coadunar com a visão jurídica tradicional que dominava o cenário das discussões no início da década de 60: sem nenhuma homenagem ao postulado da segurança jurídica, o enunciado fixava que a liminar concedida em mandado de segurança era automaticamente cassada com a superveniência de sentença denegatória no processo, devendo os efeitos da antiga liminar desaparecerem inclusive para os fatos pretéritos.

⁸ GALLOTTI, Luiz. Prefácio. In: MÓSCA, Hugo. *O Recurso Extraordinário e o sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Transbrasil, 1978.

Os precedentes da Súmula 405 do STF e a interpretação da Lei Estadual 1.037/1951

A propositura do texto sumular baseava-se no entendimento do Tribunal fixado em três recursos em mandado de segurança, todos julgados em 1963.

O primeiro julgamento ocorreu em 10/06/1963 (RMS 11.412), de relatoria do Ministro Luiz Gallotti (DJ em 24/07/1963) e apresentou a seguinte ementa:

Mandado de segurança.

Liminar.

Mesmo na hipótese de haver a segurança sido concedida na primeira instância e conseqüentemente ter sido ali mantida a liminar, a decisão do Tribunal de Justiça, negando a segurança, impediria a subsistência daquela liminar, porque seria subversiva da hierarquia a prevalência do ato do Juiz sobre a decisão do Tribunal superior.

E dar ao recurso contra a decisão deste a força de produzir tal prevalência seria atribuir-lhe não apenas efeito suspensivo mas efeito restaurador e subversivo.

Nem efeito suspensivo tem o recurso do art. 101, n. II, a, da Constituição.

Não se pode conceder, com base em presunção, mandado de segurança, que supõe direito líquido e certo.

Recurso desprovido.

O caso envolvia a discussão em torno da isenção do imposto sobre vendas e consignações (Lei 1.037, de 28/05/1951) nas operações comerciais de venda de café na praça de Santos.

Tratava-se de caso repetitivo e que mereceu, da parte do ministro relator, o enfrentamento por meio da transcrição de voto prolatado em outro processo (RMS 11.245, relator Ministro Luiz Gallotti, julgamento em 17/04/1963). Por esse motivo, tornou-se incerto, para os leitores do acórdão, o que realmente ocorreu do ponto de vista processual.

Pressupondo que ocorrera no caso o mesmo que havia acontecido no caso paradigma, o presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo concedera a liminar em segunda instância, restaurando, assim, a liminar que havia sido dada e depois cassada pela sentença.

À título de *obiter dictum*, o Ministro Luiz Gallotti se pôs a tratar da situação cuja narrativa acabou por se tornar a própria ementa do julgado.

Assim sendo, torna-se evidente que o caso transparcia não um problema de vigência da liminar

no tempo, mas da hierarquia judiciária, ou seja, a eventual subversão do sistema se caso a liminar, mesmo mantida pela sentença, sobrevivesse ao julgamento de segunda instância pela denegação da ordem.

O tema, portanto, era exclusivamente a interpretação do art. 101, II, *a*, da então Constituição de 1946: o efeito (se suspensivo ou não) do recurso em mandado de segurança da competência do STF.

Os dois outros precedentes levantados pela Comissão de Jurisprudência a fundamentar a edição da súmula foram julgados na mesma sessão plenária (06/11/1963) e tratavam de igual temática (que inclusive foi o tema do primeiro julgamento acima tratado), qual seja, a isenção dada pela Lei Estadual de São Paulo 1.037, de 28/05/1951 (se a lei abrangeria as vendas do Instituto Brasileiro do Café).

Aparentemente, ocorreu no RMS 11.115 e no RMS 11.106 o mesmo que ocorreu em todos os casos de recursos de mandado de segurança que o STF enfrentou para definir a interpretação dessa legislação local.

A liminar em primeira instância se propunha a garantir a isenção de operações de venda de café nos termos da Lei Estadual 1.037/1951 (com a redação dada pela Lei 2.958/1955) até o julgamento final, quando se definiria se o café vendido seria destinado “à formação de lotes para a exportação”.

Dali se sucedia a sentença que denegava a ordem e a decisão do TJSP que confirmava a sentença, o que significava dizer que a parte interessada perdia a isenção até o julgamento final, transitado em julgado, do mandado de segurança.

Segundo o relato do Ministro Evandro Lins e Silva, o presidente do Tribunal de Justiça, após provocação da parte, deferia requerimento de subsistência da liminar até o julgamento do recurso em mandado de segurança endereçado ao STF.

Nos casos específicos do RMS 11.115 e do RMS 11.106, o voto do Ministro Evandro Lins e Silva, acompanhado pela unanimidade dos ministros presentes em plenário, adotou as razões da Procuradoria do Estado que se insurgira contra o pedido de efeito suspensivo do recurso feito pela parte.

Assim se manifestou o ilustre ministro relator:

[...]

Assiste inteira razão ao Dr. Procurador. Não é possível que prevaleça uma medida liminar, provisória, concedida no início da lide, sobre uma

decisão final, proferida após o exame e estudo de todos os elementos informativos do processo. A liminar desaparece com a sentença de 1ª instância: quando concede o mandado passa a substituí-la; quando o nega, revoga-a automaticamente.

Com a manifestação de 2ª instância, é a decisão do Tribunal que passa a prevalecer, seja mantendo, seja reformando a sentença. Mesmo que esta conceda a segurança, se o Tribunal a modificar, o que vigora judicialmente é o acórdão.

[...]

Com esse entendimento, a ementa do julgado ficou assim redigida na parte que interessa para o presente estudo:

Mandado de segurança – Liminar: Como medida provisória não pode prevalecer sobre a sentença e, muito menos, sobre a decisão de segunda instância. [...]

É importante, entretanto, ter claro as circunstâncias do caso concreto: a liminar, nas situações examinadas, tinha por objeto a constituição de uma situação jurídica extrema, excepcional ao regime legal fixado pela lei estadual, ou seja, a criação “jurisprudencial” de estado de isenção, diante da legislação de cobrança do imposto.

É fundamental não perder esse elemento concreto de vista, uma vez que se torna óbvio que a liminar concedida não se prestava a resguardar situação jurídica diante de alegação de ameaça a direito em virtude de alteração do regime legal ou da própria mudança dessa situação jurídica por determinação da lei. Não se tratava, dessa forma, de hipótese de segurança jurídica ou de conservação de direito adquirido ou de ato jurídico que se aperfeiçoara no tempo.

De qualquer forma, a partir desses julgamentos, consolidou-se no STF — reforçado pela repetição dos casos referentes à isenção concedida pela Lei Estadual 1.037/1951 — o enunciado que se transformaria na Súmula 405.

As premissas presentes nos precedentes da súmula

A edição de uma súmula e a prática de sua aplicação ao longo do tempo revela fenômeno que talvez fosse inesperado para os ministros do STF naqueles primeiros anos da adoção do modelo. É que o texto representativo de específica jurisprudência do Tribunal perde, aos poucos, os linhames que o amarram aos casos concretos de onde surgiu e passa a um plano abstrato, meramente normativo,

impessoal e genérico. Assim sendo, de um enunciado escravo dos fatos originários, a súmula passa a ter vida própria e autônoma e, quiçá, passa a revelar novos sentidos e significados que nem sequer seus primeiros elaboradores imaginavam.

Essa dinâmica própria dos enunciados — que, cabe destacar, é característica de todos os atos normativos e da interpretação de leis e da própria Constituição — indica a necessidade de um cuidado maior e uma preocupação incontida que o intérprete e aplicador do Direito sempre deve ter ao manusear uma súmula, especialmente quando decorridos 52 anos de sua aprovação.

Nesses casos, parece ser providência de cautela e de reforço o desenvolvimento de uma verdadeira genealogia da ideia que sustentou a sua elaboração, tentando identificar o núcleo essencial da preocupação que naquele momento se tentava clarificar e delimitar pontos que não eram fundamentais ou mesmo que nem estavam ainda colocados.

Em relação à interpretação específica dos julgados que originaram a elaboração da Súmula 405, é fundamental identificar 4 pontos presentes naqueles processos e que, por assim dizer, formam uma rede de premissas necessárias para a boa aplicação dessa súmula no tempo presente:

(a) a liminar concedida pelo juiz de primeira instância se prestava a conservar uma exceção à aplicação da lei ao ampliar, mesmo que provisoriamente, o âmbito de incidência da lei da isenção;

(b) dessa forma, a parte provisoriamente beneficiada com a liminar, não constituía uma situação a ser protegida pelo princípio da segurança jurídica: sua situação já era excepcional diante da regra de que todos devem pagar impostos;

(c) tratava-se, em realidade, de casos que suscitavam o tema da hierarquia judiciária, e não propriamente da tese da vigência da liminar no tempo para garantir a segurança;

(d) tratava-se ainda de processo que discutia o tema dos efeitos de um recurso de competência do STF, instância essa extraordinária e que pela sua própria dignidade não poderia considerar as variáveis do caso concreto para realizar sua prestação jurisdicional.

Tais circunstâncias específicas e originariamente presentes no nascimento da Súmula 405 são plenos indicativos de que sua aplicação deveria ter espectro restrito.

Em outras palavras, parece claro supor que o nascimento da Súmula 405 do STF em 1964 não se alicerçou em bases inequívocas, embora para o mundo em que se vivia à época — sem as dificuldades judiciárias e complexidades jurisdicionais de hoje — era suficiente para a configuração de um traço da jurisprudência do STF.

Dúvidas acerca da vigência da Súmula 405 do STF

Sendo assim, a aplicação da mencionada súmula não se deu com a frequência que se poderia imaginar, uma vez que sua origem esteve sempre ligada aos casos e às circunstâncias judiciárias específicas observadas nos processos que envolviam a interpretação da Lei 1.037/1951.

Em virtude dessa fragilidade originária, não seria de se surpreender com o posicionamento de parcela importante da doutrina que, já naquela época, colocava em dúvida a própria vigência da Súmula 405.

Jardel Noronha⁹, por exemplo, indicava que ela deixou de ser aplicada já em 1967.

Já Roberto Rosas¹⁰, em obra que se tornou clássica, suscitava que não mais se admitiria sua aplicação após o Código de Processo Civil de 1973, em razão da previsão do efeito suspensivo da apelação. De fato, um dos eixos mais importantes da justificativa apresentada pelo STF, nos precedentes da súmula, estava no fato de que a ultratividade dos efeitos da liminar significaria atribuir efeito suspensivo ao recurso em mandado de segurança endereçada ao STF, o que não se admitia e não estava previsto na Constituição de 1946 (art. 101, II, a).

Também Hugo de Brito Machado¹¹, Ovídio Baptista da Silva¹² e Luis Guilherme Marinoni¹³ são críticos da posição extremada de entender que a denegação da segurança em sentença cassaria automaticamente a liminar anteriormente concedida.

Com o tempo, passou a se consolidar a posição que inicialmente era defendida por Hely Lopes Meirelles¹⁴ e segundo a qual caberia ao juiz expressamente tratar da vigência da liminar em sua sentença, avaliando, segundo o caso concreto, a situação que melhor trouxesse eficácia ao provimento jurisdicional e efetividade do direito que estava sendo discutido. Assim já se manifestou:

[...]

Ademais, afirmar-se, indistintamente, que a liminar subsiste sempre até o trânsito em julgado da sentença denegatória é retirar do juiz o poder de revogá-la quando verifique sua inconveniência ou desnecessidade. É tornar irrevogável uma decisão caracteristicamente precária e provisória. Pelo outro extremo, considerar-se sempre cassada a liminar quando a sentença denegue a segurança é tornar inane uma providência cautelar instituída precisamente para evitar lesões irreparáveis. Impõe-se, pois, distinguir as três hipóteses acima enunciadas, facultando-se ao juiz, que preside o processo, a discricção necessária para conceder ou negar, manter ou revogar a suspensão do ato, segundo as peculiaridades do caso ajuizado.

[...] ¹⁵

No mesmo sentido, determina o art. 7º, § 3º, da Lei 12.016 de 07/08/2009 (Lei do Mandado de Segurança) que “os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença”. Entendemos, pois, que não deve a liminar, afinal, sempre subsistir até o trânsito em julgado da sentença denegatória, sob pena de se retirar do magistrado o poder de revogá-la quando verifique sua inconveniência ou desnecessidade, ou seja, tornar irrevogável uma decisão caracteristicamente precária e provisória. Daí por que a lei facultou ao juiz que preside o processo a discricção necessária para conceder ou negar, manter ou revogar a suspensão do ato, segundo as peculiaridades do caso ajuizado.¹⁶

processo civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 73-74.

⁹ NORONHA, Jardel; MARTINS, Odaléa. *Referências da Súmula do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Senado Federal, 1969, v. 20, p. 257.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. “Problemas do mandado de segurança”, *Revista de Direito Administrativo*, n. 73, pp. 50, jul./set. 1963.

¹⁰ ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 205.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 84-85.

¹¹ MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 164.

¹⁶ Como consta na 36. ed. do livro do mestre Hely, pp. 104-105, que o Min. Gilmar e eu atualizamos, analisando as particularidades do caso concreto, o STJ já admitiu a concessão de medida cautelar para restabelecer liminar que fora cassada quando da denegação da segurança, dando efeito suspensivo a recurso ordinário (Pet/AgR 531-2-ES, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, RSTJ 99/106).

¹² BAPTISTA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*. Porto Alegre: Fabris, 1993, v. 3, p. 123-124.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela na reforma do*

Hesitação do próprio STF na aplicação da Súmula 405

A fragilidade bem identificada pela doutrina também sempre se fez presente na evolução da jurisprudência, tanto do STF quanto do STJ.

Uma pesquisa no campo de busca na página oficial do Supremo Tribunal Federal acusará pouquíssimos casos, nesses últimos 52 anos, que teriam se utilizado do Enunciado 405, sejam julgamentos colegiados ou monocráticos. Desse conjunto, aparentemente apenas 4 processos são julgamentos colegiados e, por isso, mereceriam uma breve avaliação.

Após a sua aprovação, a Súmula 405 foi aplicada pela primeira vez no AI 36.768, de relatoria do Ministro Hermes Lima, em julgamento de 19/08/1966 (*DJ* 14/12/1966) que apenas se ateve a questões processuais de não provimento de agravo.

A situação concreta cingia-se à alegação de inconstitucionalidade de lei municipal que aumentara tributo após votação da lei orçamentária. Foi impetrado mandado de segurança, concedida liminar, mas denegada a ordem em decisão confirmada pelo TJSP.

Na arrecadação do tributo, a agravante se viu cobrada em multa e juros moratórios e, para evitar essa cobrança, ajuizou ação consignatória. O agravo julgado pelo Tribunal foi a tentativa de revisar a sentença de improcedência nessa ação.

O STF, para negar provimento ao agravo, afirmou que, no caso, aplicava-se a Súmula 405, fazendo-se retroagir os efeitos para antes da liminar. Na prática, é como se a liminar que suspendera a incidência da lei nunca tivesse existido e, assim, natural se tornaria a cobrança da multa e juros.

Note-se que o caso também tratou de tentativa do contribuinte se evadir de pagar tributo no regime exigido por lei.

No mesmo sentido: MC/AgR 3.485-RJ, rel. Min. Garcia Vieira, *DJU* 24/09/2001, p. 236; MC/AgR 5.557-RJ, rel. Min. Eliana Calmon, *DJU* 09/12/2002, p. 316; REsp 463.159-SP, rel. Min. Franciulli Netto, *DJU* 25/04/2005, p. 270. A possibilidade de o Tribunal *ad quem* revigorar os efeitos de liminar cassada por sentença denegatória de segurança parece-nos perfeitamente consentânea com as reformas da legislação processual civil, notadamente com a redação dada ao art. 558 do CPC pela Lei 9.139/1995, que dá ao relator o poder de conceder o efeito suspensivo a recursos que não o tenham. Embora não mencione a apelação em mandado de segurança, o dispositivo legal pode ser aplicado analogicamente. No STJ: REsp 422.587-RJ, rel. Min. Garcia Vieira, *DJU* 28.10.2002, p. 241; RMS 351-SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, RSTJ 96/175.

Nova utilização da Súmula 405 ocorreu em 26/04/1968, no julgamento do RE 60.339, de relatoria do Ministro Carlos Thompson Flores, caso em que se pleiteava a nomeação na regência da cadeira de Terapêutica Clínica da Faculdade Nacional de Medicina.

O Conselho Universitário — por razões não expostas no acórdão — afastou a investidura e o interessado se valeu de mandado de segurança para questionar o ato. Obteve liminar que depois veio a ser cassada. Enquanto na validade dos efeitos da liminar, o interessado obteve a expedição de nomeação e valeu-se disso para obter o exercício interino e cumulativo de cátedra. O diretor da Faculdade negou o pedido, após consultar o juiz de 1º grau que denegara a ordem. Houve, então, novo mandado de segurança e, agora, o Tribunal Federal de Recursos concedeu a ordem sob o argumento de que a nomeação era válida, uma vez que ocorrera na vigência da liminar.

O recurso extraordinário foi contra esse acórdão do TFR e, muito embora, se tenha levantado a Súmula 405, uma rápida leitura do voto do relator demonstra que o caso apresentava diversas outras objeções tanto de natureza substantiva (rotatividade das regências) quanto de natureza processual (não cabimento do segundo mandado de segurança e identificação dos efeitos da liminar).

Em outras palavras, o caso julgado não aparentava ser efetivamente sobre a discussão da aplicação da citada súmula, uma vez que evidentemente a validade da liminar no primeiro mandado de segurança não levaria à nomeação, mas simplesmente à suspensão dos efeitos da decisão do Conselho Universitário com o adiamento do exercício do magistério.

Longo tempo se passou até que o Tribunal examinasse e aplicasse novamente a Súmula 405 por meio de julgamento colegiado.

Tratava-se do agravo regimental em Suspensão de Segurança 984, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence (na condição de presidente do STF) julgado em 24/04/1997.

Novamente o caso tinha natureza tributária e a liminar concedida pretendia fixar a situação jurídica de exceção à lei, uma vez que tinha por objetivo liberar o impetrante do recolhimento do imposto de importação à alíquota estabelecida por determinada legislação, quando do desembaraço de veículo automotor adquirido no exterior.

A liminar requerida em mandado de segurança fora negada em 1ª instância, mas concedida pelo TRF. Posteriormente, com a notícia de extinção do mandado de segurança sem julgamento de mérito em 1º grau, caducara a liminar do TRF.

Como se percebe, não se falou nesse caso da hipótese específica do tipo de caso que sugeriu a edição sumular em 1963 e, por isso, o ministro relator falou em seu voto de aplicação “*mutatis mutandis*” da súmula. Parece ser óbvio, até por consectário lógico, que perde a eficácia a liminar concedida em 2º grau quando seu objeto está atrelado a processo que deixou de existir, independentemente de súmula ou enunciado¹⁷.

Finalmente, a última referência à Súmula 405 do STF feita em julgamento colegiado ocorreu no julgamento do RE 608.482, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, que ocorreu em 07/08/2014.

O Ministro Teori Zavascki assim se pronunciou sobre especificamente a natureza precária das cautelares antecipatórias:

[...]

Com efeito, é decorrência natural do regime das medidas cautelares antecipatórias que a sua concessão se cumpra sob risco e responsabilidade de quem as requer, que a sua natureza é precária e que a sua revogação opera automáticos efeitos ex tunc. Em se tratando de mandado de segurança, há até mesmo súmula do STF a respeito (Súmula 405: ‘Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.’ A matéria tem, atualmente, disciplina legal expressa, aplicável a todas as medidas antecipatórias, sujeitas que estão ao mesmo regime da execução provisória (CPC, art. 273, § 3º). Isso significa que a elas se aplicam as normas do art. 475-O do Código: o seu cumprimento corre por conta e responsabilidade do requerente

(inciso I), que, portanto, tem consciência dos riscos inerentes; e, se a decisão for revogada, ‘ficam sem efeito’, ‘restituindo-se as partes ao estado anterior’ (inciso II). O mesmo ocorre em relação às medidas cautelares, cuja revogação impõe o retorno das partes ao status quo ante, ficando o requerente responsável pelos danos oriundos da indevida execução da medida (art. 811 do CPC).

[...] (grifo nosso)

A defesa do ponto, entretanto, parece estar mais endereçada ao problema específico e às consequências da decisão concreta do STF, do que da tese pontual da sobrevivência da liminar mesmo com a superveniência de sentença denegatória.

Isso porque da leitura do acórdão, percebe-se que o caso envolve a interpretação do argumento do “*fato consumado*”, ou seja, a manutenção dos efeitos da liminar, não por conta da segurança jurídica, mas por conta da consolidação de determinada situação inicialmente garantida pela medida cautelar.

Por outro lado, o argumento se dirige também ao julgamento final de mérito da questão e não apenas em relação à sobrevivência da liminar nos limites específicos do processo em curso.

E nesse ponto, o STF tem ampla e consolidada jurisprudência no sentido de rejeitar a chamada “teoria do fato consumado”, o que bem está descrito também na fundamentação do voto do relator, com a citação de vários julgados: julgados RE 405.964 (relator Ministro Dias Toffoli, *DJe* 16/05/2012), AI 794.852 Agr (relatora Ministra Carmen Lúcia, *DJe* 13/03/2011), AI 813.739 Agr (relatora Ministra Carmen Lúcia, *DJe* 1º/02/2011), AI 504.970 Agr (relator Ministro Cezar Peluso, *DJe* 29/08/2012), AI 504.987 Ed (relator Ministro Celso de Mello, *DJe* 1º/07/2011), RE 476.783 Agr (relator Ministra Ellen Gracie, *DJe* 21/11/2008) e RE 635.739 (relator Ministro Gilmar Mendes, *DJe* 03/10/2014)¹⁸.

No caso, o recurso extraordinário se insurgia contra

[...] *acórdão que, com base na ‘teoria do fato consumado’, manteve a recorrida, de modo definitivo, no cargo de agente da polícia civil, no qual tomou posse em virtude de liminar deferida em ação cautelar,*

¹⁷ O STJ, também analisando situação parecida, firmou precedentes no sentido fixado pelo STF: Edl nos Edcl no REsp 750.617, relator Ministro Luiz Fux, *DJe* 18/06/2008; Recurso em MS 17.242, relator Ministro Luiz Fux, *DJ* 21/03/2005; Recurso em MS 8.303, relatora Ministra Laurita Vaz, *DJ* 13/05/2002; Recurso em MS 12.012, relator Ministro José Delgado, *DJ* 04/02/2002; Recurso em MS 10.889, relator Ministro José Delgado, *DJ* 09/09/2002; Recurso em MS 5.230, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, *DJ* 15/05/1995; Recurso em MS 17.242, relator Ministro Luiz Fux, *DJ* 21/03/2005; Recurso em MS 1.057, relator Ministro Milton Pereira, *DJ* 25/10/1993. Trata-se de casos nos quais a liminar concedida em segunda instância perdeu o objeto em virtude de sentença denegatória no primeiro mandado de segurança ou da situação na qual se discutia o efeito suspensivo contra sentença denegatória de segurança.

¹⁸ O STJ também já analisou caso semelhante e que tratava da adoção no Brasil da teoria do fato consumado. Também nesse tribunal a tese saiu perdedora, com a aplicação da Súmula 405 (AgRg no Recurso em MS 47.240, relator Ministro Humberto Martins, *DJe* 11/05/2015).

mesmo que tenha sido reprovada na segunda etapa do concurso (teste físico) e que não tenha se submetido à terceira etapa (exame psicotécnico).

Assim sendo, parece evidente que a segurança jurídica, em realidade, operava, no caso, no sentido contrário ao que pediu a recorrida e não em seu favor.

Tanto é assim que a ementa do acórdão afirma que *“igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima”*.

De fato, o argumento da segurança jurídica deve servir para garantir a conservação de situação jurídica estável no tempo e que, por isso, já conta com certa expectativa de continuidade. Porém, não poderia servir para se consolidar situação artificialmente criada a partir de cautelar antecipatória.

A defesa da natureza precária desse tipo de decisão cautelar constante do voto parece se sustentar exclusivamente nesse tipo de situação na qual a parte maliciosamente tenta, com a intervenção jurisdicional, construir situação ilegítima e, a princípio, postíça.

De qualquer forma, a aplicação da Súmula 405 do STF, além de ser evento raro na história do tribunal, nunca pareceu totalmente alinhada com as premissas sugeridas por uma interpretação literal.

Em outras palavras, a revogação ou suspensão dos efeitos de liminar com a superveniência de sentença denegatória de recurso em mandado de segurança parece ser providência a ser adotada diante de casos tradicionais e normais nos quais a liminar tenha criado situação inovadora que se concretizaria com a confirmação da sentença final.

Modernamente, entretanto, a complexidade das situações jurídicas da vida, especialmente em casos que envolvem mudança de regime jurídico em grandes empreendimentos ou mesmo a subversão de situações subjetivas que pareciam consolidadas e albergadas pela lei, indicam que a sobrevivência dos efeitos de liminar pode demandar uma consideração acerca do caso concreto e não ser revogada de maneira natural, ou seja, automaticamente diante da publicação de sentença denegatória.

A segurança jurídica funciona nesses casos como importante premissa de interpretação, uma vez que pode identificar o ônus pior para a parte, e a solução mais justa diante também da verossimilhança da alegação e da necessidade de certeza jurisdicional do provimento final do processo.

Afirmar isso, entretanto, não significa desdizer que as cautelares antecipatórias têm natureza precária e que o seu cumprimento também envolve a assunção de riscos.

Isso porque, por conveniência jurisdicional e justiça, é possível que o juiz ou o tribunal entenda que a liminar poderia vigor enquanto não transitasse em julgado da sentença definitiva, diante das características do caso e da posição subjetiva do beneficiário da liminar.

Exceções jurisprudenciais à Súmula 405 do STF

Não há dúvida de que a mencionada súmula foi aprovada em um tempo bastante distante, quando nem sequer discutia-se a incidência no ordenamento jurídico dos princípios da proteção à boa-fé e da segurança jurídica. Conceitos que se consolidaram na legislação e na jurisprudência mais recentemente.

Em realidade, a citada súmula se baseou em normas hoje revogadas (a antiga Lei do Mandado de Segurança — Lei 1.533, de 31/12/1951 — e eventualmente o Código de Processo Civil de 1939) e em jurisprudência específica em relação a casos tributários nos quais o tribunal reconheceu que, revogadas as liminares, os impostos e seus acréscimos devidos durante a vigência da liminar poderiam ser cobrados pelo Fisco¹⁹.

Não há qualquer referência nas decisões então proferidas a situações que ensejaram direitos e obrigações de partes que atuaram de boa-fé diante de uma situação que justificava a dúvida jurídica.

Mesmo a Súmula 473 não existia nesse período e somente viria a ser aprovada em 03/12/1969.

Por outro lado, é também evidente que a Súmula 405 existiu para regular as situações comezinhas, mais simples, que não oferecessem complexidades práticas, mas apenas um desconforto processual com a necessidade de fazer retroagir os seus efeitos.

Somente por essa razão a Súmula 405 não ofereceria maiores desafios, uma vez que a previsão

¹⁹ Os já citados casos: RMS 11.106, julgado em 06/11/1963, DJ 05/03/1964; RMS 11.115, julgado em 06/11/1963, DJ 07/05/1964; RMS 11.412, julgado em 1º/06/1963, DJ 22/08/1963.

Os precedentes fazem presumir que foi aprovada para evitar a obtenção de vantagem em virtude de obtenção de liminar em casos nos quais os impetrantes estarem de má-fé e havia certeza em relação à legitimidade dos tributos que estavam impugnados.

antiga de seu texto não seria de incidência automática em qualquer situação analisada atualmente.

Por isso mesmo, o STF construiu várias hipóteses de não aplicação da Súmula 405. Em acórdão de 04/11/1977, por exemplo, no julgamento do RE 85.179, o Ministro Bilac Pinto sintetizou a jurisprudência do STF nos seguintes termos:

[...] Esta Corte, sobretudo no ano de 1966, apreciou alguns casos semelhantes a este agora sob exame. Concedida a liminar, os estudantes-impetrantes puderam frequentar, provisoriamente, a Faculdade, frequência que persistiu com o deferimento da segurança. Mas cassada a segurança, no juízo de segundo grau, encontraram-se estes estudantes, todos universitários, na iminência de perderem alguns anos de estudos. Nestes casos, aqui prevaleceu a situação de fato. Estas as palavras do Ministro Lafayette de Andrada: 'Sem dúvida há objeções de ordem doutrinária contra a tese da sentença que concedeu a segurança. A verdade, porém, é que se criou uma situação de fato, que o tempo já consolidou. Em casos semelhantes, a orientação do Supremo Tribunal tem sido no sentido de atender a tais situações cuja excepcionalidade aconselha encarar o problema mais sob o aspecto da finalidade social das leis do que de uma severa interpretação literal dos textos (RMS 17.144, RTJ 45/589).²⁰

O STJ também já, por diversas ocasiões, atenuou os efeitos da Súmula 405 do STF ou mesmo afastou a sua incidência.

A 2ª Turma do Tribunal, ao apreciar o REsp 944.325-RS, do qual foi relator o Ministro Humberto Martins, entendeu por unanimidade já na sua ementa:

[...] 3. A SÚMULA 405/STF. É certo que existe o enunciado do Pretório Excelso que dá eficácia retroativa à revogação superveniente de liminar em mandado de segurança. A despeito da Súmula 405/STF, é de se admitir excepcionalmente o emprego dos conceitos jurídicos indeterminados do fato consumado ou da boa-fé objetiva no recebimento de valores pagos em caráter alimentar. Essa postura tem prosperado no próprio STF, quando analisa a devolução de vantagens remuneratórias recebidas de boa-fé por servidores públicos e, posteriormente, declaradas inconstitucionais.

²⁰ Também no mesmo sentido o RE 99.128, relator Ministro Oscar Corrêa, julgado em 14/12/1982 (DJ 11/03/1983).

Tratou-se de caso emblemático, uma vez que envolvia o "caso da retinose pigmentar" e, portanto, da chamada eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Antes do julgamento do MS 8.895 (relatora Ministra Eliana Calmon, julgamento em 07/06/2004), a jurisprudência do STJ era amplamente favorável à determinação judicial de custeio pelo SUS de tratamento no exterior dessa doença da retina.

Em virtude dessa expectativa de vitória jurisprudencial, vários juízes deferiram liminares em favor dos pacientes portadores de retinose pigmentar que, com a mudança do entendimento do STJ, foram revogadas.

A questão, portanto, seria saber se o cumprimento da liminar — que certamente gerou custos ao SUS — deveria reverter em ressarcimento ao sistema com a denegação da ordem.

É caso, portanto, no qual a aplicação da Súmula 405 do STF pareceria desarrazoada e cruel em virtude do apelo natural que questões de saúde geram no Judiciário e no jurisdicionado. O mesmo posicionamento, também pautado em "*conceitos jurídicos indeterminados*", foi adotado pelo REsp 950.382, relator para o acórdão Ministro Hamilton Carvalhido (julgado em 14/04/2011). Transcrevo trecho da ementa:

[...]

3. É incabível o pedido de restituição de valores despendidos pelo erário, por força de liminar concedida em mandado de segurança posteriormente julgado improcedente, para tratamento de doença grave – retinose pigmentar – em Havana, Cuba, se a pretensão era reiteradamente acolhida no âmbito desta Corte Superior à época da concessão da tutela de urgência e se o tratamento era reputado indispensável para evitar a cegueira completa dos recorridos. Inaplicabilidade da Súmula nº 405/STF.

[...]

No RMS 2.438, de relatoria do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, o STJ já tinha se posicionado contrariamente à Súmula 405, conforme está na ementa do julgamento:

[...]

II – A aplicação da Súmula nº 405 do STF enseja ressalvas, porquanto se apóia em precedentes julgados anteriormente à vigência do atual Código de Processo Civil, que deu nova sistemática

e dimensão às cautelares, e não considerou a legislação superveniente relativa à matéria.

III – A regra, a ser observada, é a de que a eficácia da liminar pode ser suspensa, revogada ou mesmo restabelecida, tendo em conta o caso concreto e os parâmetros legais de regência.

Também no mesmo sentido está o julgamento do Recurso em MS 1.056, relator também o Ministro Pádua Ribeiro (julgamento em 06/09/1993) que, mais uma vez, ponderou acerca da finalidade da mencionada súmula:

[...]

II. A Súmula nº 405 do S.T.F., aprovada sobre a vigência do velho Código de Processo Civil, não mais se ajusta aos princípios e conceitos atinentes à cautela, cujo objetivo é assegurar a eficácia da decisão de mérito.

[...]

Ainda no campo das situações excepcionais, alimentadas por preocupações com a segurança jurídica, o STJ também já afastou a incidência da mencionada Súmula 405 do STF em virtude da discussão acerca da constitucionalidade de legislação tributária. Veja-se, por exemplo, o argumento acolhido no julgamento do AgRg no REsp 1.047.525, relator Ministro Francisco Falcão (julgamento em 03/06/2008):

[...]

II – Tendo em vista que a própria constitucionalidade da exação vem sendo discutida no âmbito do STF, faz-se prudente a manutenção da decisão que receber a apelação com o duplo efeito apesar de ter sido denegada a segurança. Em hipóteses com a presente a manutenção da tutela de urgência deve ser viabilizada, mitigando-se o preceito contido na súmula 405 do STF. [...]

[...]

Na mesma linha também se deu o julgamento do REsp 787.051, relatora Ministra Eliana Calmon (*DJ* 17/08/2006).

III A segurança jurídica e a Súmula 405 do STF

Liminares conservativas

A questão de se saber a eficácia de uma liminar no tempo, mesmo quando tenha sido revogada, desperta, portanto, preocupações em relação ao princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CF).

Isso porque o deferimento da liminar, especialmente em caso em que se conserva uma

situação jurídica já existente de longa data, dá ao jurisdicionado a segurança de que as regras anteriormente vigentes continuarão a sê-las até o julgamento final do mandado de segurança.

A questão é fundamental e necessita o estabelecimento de uma clara diferenciação entre liminares constitutivas e liminares conservativas. Há liminares que criam uma situação jurídica artificial sempre com o objetivo de garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional. Nesses casos, a nova situação constituída é, de fato, requisito para que a sentença final obtenha o seu resultado de resguardo a um direito.

Por outro lado, há também liminares que tem o objetivo de resguardar e manter uma prévia condição jurídica do impetrante, especialmente quando sua anterior situação jurídica é surpreendida com o advento de um ato administrativo ou normativo que altera significativamente sua posição, ameaçando, portanto, direitos que já vinham sendo exercidos ou contextos contratuais e/ou estatutários já estáveis e consolidados no tempo. Para esses casos, torna-se óbvio que a liminar não inova, uma vez que ela é deferida para evitar uma inovação que alegadamente coloca direitos do impetrante em risco. São liminares, portanto, de caráter conservativo.

Nesse segundo caso, o problema da segurança jurídica se coloca com evidência a ponto de comprometer o postulado de que a sentença denegatória revoga naturalmente a liminar deferida.

Para tais situações, é bastante provável que, diante das alegações do impetrante e do contexto jurídico, social, político ou econômico, seja mais razoável e equitativa do ponto de vista jurisdicional, aguardar para que somente com o trânsito em julgado do processo aquela situação conservada com a liminar se altere com a decisão final desfavorável.

Do contrário, o impetrante poderia ser submetido às idas e vindas processuais, com a sucessão de opiniões e decisões jurisdicionais que enfraqueceriam estruturalmente o seu direito. Em outras palavras, seriam situações nas quais a simples possibilidade de revisão em instância superior seria suficiente para justificar a manutenção da liminar mesmo diante da sentença que denega a segurança.

O jurisdicionado beneficiado com o deferimento da liminar deve imaginar que sua futura eventual revogação desfaria os efeitos sentidos agora? Se sim,

qual seria a utilidade, portanto, do deferimento da liminar? Prestar-se-ia a liminar efetivamente a proteger um direito sob a ameaça se, acaso revogada, retroagisse os efeitos da decisão revogadora?

Por óbvio, essas questões colocam em cheque a própria dignidade da atuação do Poder Judiciário e sua autoridade em resguardar direitos.

Segurança jurídica do Direito brasileiro

Essa estabilidade jurídica, ao menos até a decisão final e definitiva do mandado de segurança, é precisamente aquilo que é protegida pelo princípio da segurança jurídica.

A Constituição Federal de 1988 prevê esse postulado normativo, no *caput* do art. 5º, quando fixa a segurança como valor fundamental dos direitos e deveres individuais e coletivos ao lado do “direito à vida”, “direito à liberdade”, “direito à igualdade” e “direito à propriedade”.

Há, portanto, obrigação do Estado, em qualquer nível e esfera do Poder Público, em respeitar as justas expectativas do cidadão, a sua própria boa-fé diante de promessas dadas pelos atos das autoridades, inclusive quando se trata de atos decisórios do Poder Judiciário.

Para Gomes Canotilho, o princípio da segurança jurídica está ao lado do princípio da legalidade, da proibição de excesso e da proteção jurídica, como postulados fundamentais do próprio Estado Democrático de Direito. Destaco trecho de seu pensamento:

[...] Relativamente aos actos da administração, o princípio geral da segurança jurídica aponta para a idéia de *força de caso decidido dos actos administrativos*. Embora não haja um paralelismo entre sentença judicial e força de caso julgado e acto administrativo e força de caso decidido (*Bestandkraft*) entende-se que o acto administrativo goza de uma tendencial imutabilidade que se traduz: (1) na autovinculação da administração (*Sellstbindung*) na qualidade de autora do acto e como consequência da obrigatoriedade do acto; (2) na tendencial irrevogabilidade a fim de salvaguardar os interesses dos particulares destinatários do acto (proteção da confiança e da segurança).²¹

O próprio Direito brasileiro já indicava a sua aplicação por meio de famosos institutos do direito

público e do direito privado, tais como a coisa julgada²², a preclusão²³, a irretroatividade das leis que não poderão prejudicar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito²⁴, etc.

A Lei 9.784, de 29/01/1999, fixou explicitamente o princípio no campo do processo administrativo e do Direito Administrativo, especialmente nos arts. 2º, *caput* e parágrafo único, IX.

Os arts. 53 e 54 da mencionada lei, ao fixar regras de autotutela da Administração Pública e de decadência administrativa, são exemplos eloquentes da importância da noção de segurança jurídica no âmbito do processo.

Os conceitos de preclusão, prescrição e decadência são também consectários no processo civil e penal da ideia de proteção à segurança jurídica e das expectativas legitimamente criadas no cidadão.

Em realidade, a própria Súmula 473 do STF, aqui já considerada, é mais um exemplo valoroso da importância central da segurança jurídica a nortear as atividades do Poder Público, evidenciando que o poder-dever da Administração de revogar seus próprios atos não se justifica sem que se respeite a esfera de liberdade e de direitos subjetivos do administrado.

É o que já ensinava Themístocles Cavalcanti:

[...] *Poder-se-ia trazer para aqui a teoria da coisa julgada na órbita administrativa, para mostrar que nesses casos, isto é, quando o ato já produziu os seus efeitos e criou para terceiros situações jurídicas subjetivas, não pode a administração, sem ferir direitos individuais, revogar ou modificar o seu ato, perfeito e acabado.*²⁵

Assim, torna-se evidente que o interesse público que sustenta o princípio da legalidade, sob o viés do Estado Democrático de Direito, também exige que a legalidade seja construída a partir do quadro

²² CPC - Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

²³ Arts. 245 e 473 do CPC.

²⁴ CF/88 – “Art. 5º. [...]”

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

²⁵ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, pp. 67-68; também na mesma linha MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 189.

²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 260.

de proteção do cidadão que adquiriu direitos e desenvolveu expectativas legítimas.

Os princípios da legalidade e da segurança jurídica encontram-se em uma tensão constante e acabam por definir mútuas condicionantes que flexibilizam os rigores de suas aplicações individuais.

No campo do Direito Administrativo onde a ideia de segurança jurídica se desenvolveu, a doutrina já se consolidou no sentido de que as prerrogativas do Estado-império não podem prescindir da consideração acerca da situação concreta e individual do cidadão²⁶.

Também na mesma linha, a manifestação de Almiro Couto e Silva:

[...] caberá sempre à Administração Pública revisar seus próprios atos, desconstituindo-os de ofício, quando evitados de nulidade, do mesmo modo como sempre será possível, quando válidos, revogá-los, desde que inexista óbice legal e não tenham gerado direitos subjetivos.

Aos poucos, porém, foi-se insinuando a idéia da proteção à boa-fé ou da proteção à confiança, a mesma idéia, em suma de segurança jurídica cristalizada no princípio da irretroatividade das leis...

OTTO BACHOFF afirma que nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50, na doutrina e na jurisprudência, para concluir que o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade de anulamento, em homenagem à boa-fé e à segurança jurídica.²⁷

A segurança jurídica, nesse contexto, é formada por duas ideias fundamentais que orientam o agir do Poder Público: a confiança legítima que proíbe a Administração de frustrar a justa expectativa do administrado; e a boa-fé que exige da Administração agir com lealdade e transparência com o administrado.

Canotilho destaca o seguinte ponto:

[...]

Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente

associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a *segurança jurídica* está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a *protecção da confiança* se prende mais como as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. ...

O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo [...] pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e validas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.²⁸

Segurança jurídica no STF

O valor do princípio da segurança jurídica, como sustentáculo da concretização das expectativas legítimas e da boa-fé, é reafirmado por meio de já pacífica jurisprudência do STF sobre o assunto.

Para o STF, o princípio da segurança jurídica deve ser entendido como pauta interpretativa obrigatória da atuação do Poder Público em suas diversas facetas.

Veja-se o que afirmou o Ministro Gilmar Mendes:

[...] Desde sempre a melhor doutrina destacou, especialmente a partir das experiências europeias, que, em razão das exigências axiológicas antes referidas – e, também, do devido processo legal –, na anulação de ato administrativo devem ser considerados, como parte do problema jurídico a equacionar, a existência, de um lado, da ‘possibilidade de haver-se como legítimo ato nulo ou anulável, em determinadas e especialíssimas circunstâncias, bem como a constituição, em tais casos, de direitos adquiridos, e, de outro lado, considerando-se exaurido o poder revisional exofficio da Administração, após um prazo razoável’ (REALE, Miguel. Revogação e anulamento do ato

²⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 240; FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 39-40.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 90.

²⁷ COUTO E SILVA, Almiro. “Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo”, *Revista de Direito Público*, 84/46.

²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *op. cit.*, p. 252.

administrativo. Forense. Rio de Janeiro. 1980. 2ª ed. Ver. E atual., pág. 67/73).

[...]

Em diversas oportunidades esta Corte manifestou-se pela aplicação desse princípio em atos administrativos inválidos, como subprincípio do Estado de Direito, tal como nos julgamentos do MS 24.268, DJ 17.09.04 e do MS 22.357, DJ 05.11.04, ambos por mim relatados.²⁹

O caso mais importante no uso da segurança jurídica para avaliar a atuação do Poder Público no campo das liberdades individuais — e também o caso que significou o ponto de inflexão da própria jurisprudência do STF — foi o MS 22.357³⁰, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (DJ 05/11/2004), no chamado caso Infraero.

O Tribunal entendeu que, apesar de servidores da Infraero terem sido contratados sem o devido concurso público, não era possível, na linha da decisão do TCU, a exoneração desse pessoal, uma vez que, na época das contratações, não havia consenso em relação ao formato de admissão de servidores de empresa pública.

Por outro lado, um longo período já havia transcorrido desde aquela seleção de 1993 e, somente após o julgamento do MS 21.322³¹, a tese da exigência de concurso público, mesmo para empregados públicos de empresas públicas, passou a ser definitiva.

Assim se expressou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto condutor, ao avaliar a posição do princípio da segurança jurídica e a própria boa-fé dos servidores:

[...]

Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.

[...]³²

[...] aqui considero, sobretudo: a boa fé dos impetrantes; a existência de processo seletivo rigoroso e a contratação conforme o regulamento da Infraero; a existência de controvérsia, à época da contratação, quanto à existência de concurso

público, nos moldes do art. 37, II, da Constituição, no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista; o fato de que houve dúvida quanto à correta interpretação do art. 37, II, em face do art. 173, § 1º, no âmbito do próprio TCU; o longo período de tempo transcorrido das contratações e a necessidade de garantir segurança jurídica a pessoas que agiram de boa-fé.

[...]³³

A tese da segurança jurídica se consolidou no âmbito do STF, tendo sido outra vez reafirmada pelo plenário no julgamento do MS 24.268, também da relatoria do Ministro Gilmar Mendes³⁴, quando se anulou decisão do TCU concedida a servidora pública há 18 anos, que cancelara o pagamento de pensão especial.

Também nesse caso, os elementos concretos se destacavam ao formar um mosaico de aspectos que impressionava pelo rompimento das expectativas criadas pela servidora pública depois de extenso tempo em que acreditou estar consolidada sua situação jurídica.

Ainda na mesma linha, estão os acórdãos do RE 217.141 — Agr e RE 466.546, julgados em 14/02/2006 (ambos de relatoria do Min. Gilmar Mendes) por meio dos quais a 2ª Turma do STF entendeu que o ato de aposentadoria com fixação de proventos e o ato que homologara transposição não poderiam ser alterados com base no princípio da segurança jurídica, mesmo se o ato administrativo tivesse se baseado em lei declarada inconstitucional pelo próprio STF.

Também no julgamento do RE 442.683, de relatoria do Ministro Carlos Velloso (13/12/2005) a 2ª Turma do STF aplicou o princípio para reconhecer a consolidação de situação que possibilitou a progressão de servidores públicos mediante concurso interno após passados 16 anos³⁵.

Mesmo no controle concentrado de constitucionalidade de emendas constitucionais, o princípio da segurança jurídica se transformou em pauta recorrente, o que, inclusive, atesta o seu *locus*

²⁹ Ag no RE 217.141-SP, rel. Ministro Gilmar Mendes, RTJ 201/740 e 741.

³⁰ RTJ 192/620.

³¹ Rel. Min. Paulo Brossard - Decisão foi publicada em 23/04/1993.

³² p. 9 do voto.

³³ Fls. 11-12 do voto do Ministro Gilmar Mendes.

³⁴ MS 24.268, DJ 17/09/2004, RTJ 191/922.

³⁵ Ver também no mesmo sentido, FURTADO, Marcus Vinicius Coêlho. *Garantias constitucionais e segurança jurídica*. Apresentação de Arnoldo Wald. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 121.

constitucional como norma inserida nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da CF).

Foi o que ocorreu, por exemplo, da declaração parcial de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 52/2006 no âmbito da ADI 3.685, de relatoria da Min. Ellen Gracie (22/03/2006), quando se decidiu que a norma que institucionalizava a verticalização das eleições não poderia vigorar no pleito de 2006.

Além disso, é importante destacar que desde a famosa decisão do STF no MS 22.357 (caso *Infraero* já citado), o princípio da segurança jurídica passou a ser argumento recorrente nas decisões do STF e mesmo nas discussões em torno dos temas da “repercussão geral da questão constitucional”.

No Superior Tribunal de Justiça, a matéria foi tratada várias vezes, em importantes acórdãos, especialmente a partir de 1990, invocando-se tanto o respeito ao princípio da confiança, quanto ao devido processo legal substantivo, ou, ainda, a vedação de *venire contra factum proprium* como princípio geral do direito³⁶. Todos os casos tratam, na realidade, do que se poderia denominar, com o Professor Atilio Alterini, de “responsabilidade objetiva derivada da geração de confiança”³⁷.

No campo do Direito Tributário, um dos julgados se refere à modificação da alíquota de imposto em relação à exportação já autorizada e em curso de execução. No caso, a decisão foi de reconhecer que o Poder Público pode alterar a alíquota, que não deve, todavia, afetar as operações em curso³⁸.

Já no campo do Direito Administrativo, houve decisões relevantes no sentido de que também o Estado deve observar, em suas relações com os particulares, o princípio da boa-fé, não servindo como justificativa, para a prática de atos arbitrários, a supremacia do interesse público sobre o privado.

No ROMS 1.883, por exemplo, o Tribunal entendeu que a concessão do mandado de segurança não podia ter efeitos patrimoniais pretéritos, conforme a jurisprudência sumulada. E acrescentou a ementa do acórdão cujo relator foi o Ministro Edson Vidigal, acompanhado pelos Ministros *Felix Fischer*, *Gilson Dipp* e *José Arnaldo da Fonseca*:

*2. Julgado que, aplicando esse entendimento, rejeita pedido diametralmente oposto a ele, está dispensado, porque o fez de forma implícita, da análise explícita da inconstitucionalidade da Lei 5.021/66, Art. 1º, embora fosse competente para tanto, na forma incidental, ademais de não poder alegar nulidade quem a ela deu causa.*³⁹

Por sua vez, o acórdão do REsp 14.1879 entendeu descabida a anulação de contrato de venda realizado por município, se possível a sua regularização. A ementa acrescenta que:

A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade do seu procedimento.

*Recurso não conhecido.*⁴⁰

O acórdão do STJ, no mencionado REsp, adotou os fundamentos da decisão recorrida, tendo o voto do relator ressaltado que:

Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram.

No Recurso Especial 300.116⁴¹ da relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, que foi acompanhado pelos Ministros José Delgado e Francisco Falcão, fixou-se a premissa de que o “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não é de ordem absoluta”, não podendo servir como fundamento para atos ilegais e arbitrários, justamente pela proteção à boa-fé e à confiança:

³⁶ Anteriormente houve um acórdão do STF que entendeu ser princípio geral do direito a vedação da parte de “*venire contra factum proprium*” (RE 86.787-RS, j. 20/10/1978, Rel. Min. Leitão de Abreu).

³⁷ ALTERINI, Atilio Aníbal. “Responsabilidad objetiva derivada de lageneración de confianza”, *Revista de Direito Civil*, n. 73, pp. 5-16, jul./set. 1995.

³⁸ MS 4.772-DF, RSTJ 113/25, contra o Ministro da Fazenda, rel. Min. Adhemar Maciel, decisão da 1ª Seção de 12/11/1997. Acompanharam o relator os Ministros José Delgado, Humberto Gomes de Barros, Hélio Mosimann e Milton Luiz Pereira.

³⁹ Decisão unânime da 5ª Turma de 1º/12/1999, relator Ministro Edson Vidigal.

⁴⁰ Decisão unânime da 4ª Turma de 17/03/1998, relator Ministro Ruy Rosado.

⁴¹ J. 06/11/2001, RSTJ 154/104.

De início, considerou-se a administração, livre para desfazer seus próprios atos, independentemente de qualquer cautela. Bastava a alegação de que o ato malsinado padecia de nulidade.

Mais tarde, surgiu a preocupação de se compatibilizar o princípio da autotutela da administração com aqueles outros relativos à segurança das relações jurídicas, no resguardo da boa-fé e do próprio interesse público.

[...] Percebe-se, assim, que a supremacia do interesse público sobre o privado deixou de ser um valor absoluto.

Tal princípio, muitas vezes prestou-se a deformações, servindo de justificativa para implantação de regimes ditatoriais, tornou-se necessário temperá-lo com velhas regras do Direito Privado, que homenageiam a boa-fé e a aparência jurídica.

O mencionado acórdão adotou os fundamentos do parecer ministerial proferido nos autos com os seguintes termos:⁴²

O princípio da legalidade da administração constitui apenas um dos elementos do postulado do Estado de Direito. Tal postulado contém igualmente os princípios da segurança jurídica e da paz jurídica, dos quais decorre o respeito ao princípio da boa-fé do favorecido. Legalidade e segurança jurídica constituem dupla manifestação do Estado de Direito, tendo por isto, o mesmo valor e a mesma hierarquia.

Ainda no âmbito do Direito Administrativo, cumpre ressaltar o relevante acórdão relatado pelo Ministro Paulo Medina, no que foi acompanhado pelos Ministros Peçanha Martins, Eliana Calmon e Laurita Vaz que, além de ter condenado o Estado à reparação do dano patrimonial, condenou-o ainda ao pagamento de danos morais, por violação ao princípio da boa-fé e confiança:⁴³

O resultado danoso (o desfazimento do contrato e a dor psicológica imputada aos recorrentes) decorrentes do instrumento público falso (nexo causal), estão a autorizar a condenação do Estado, fundada na responsabilidade civil deste.

Acréscia-se que ao Estado incumbe a atuação fundada nos princípios da confiança e boa-fé, que devem pautar todas as relações travadas com os administrados. A conduta que importa violação

desses deveres tem nítido caráter de ilicitude. Posto isso, provejo o recurso especial, entendendo cabível no caso a condenação do Estado do Mato Grosso do Sul ao pagamento de danos morais aos recorrentes.

IV Conclusão

A Súmula 405 do STF, aprovada em 1963, encerrou enunciado normativo de frágil aplicação como foi demonstrado, especialmente porque se baseava em premissas muito específicas levantadas dos casos que serviram como seus precedentes.

Tais precedentes foram coletados a partir da discussão de um tema específico apreciado pelo STF, circunscrito à interpretação da Lei Estadual 1.037, de 28/05/1951. Sua base, portanto, não está ligada a uma diversidade de hipóteses e de casos concretos que pudessem conferir ao enunciado eventual caráter de generalidade e abrangência. Esse fato, certamente, corrompeu a sua aplicação de forma repetitiva ao longo dos anos de produção jurisprudencial do STF. Não é, portanto, de se surpreender que a Súmula 405 tenha tido utilização bastante restrita, considerando o fato de que o uso da tese, já na sua origem, se mostrava como aplicação secundária e processual a resolver tópico bastante específico da competência do STF naquele ano de 1963.

Com o tempo, a aplicação da Súmula 405 do STF passou a exigir maior sofisticação, diante das situações concretas que pareciam ser mais complexas e difusas. A esse quadro se agrega as repetidas alterações legislativas e a criação de novos institutos processuais, o que ajudou a tornar ainda mais obsoleto o enunciado sumular.

Desde o início, entretanto, a tese da suspensão abrupta dos efeitos da liminar com a superveniência de sentença denegatória, embora parecesse processualmente a conclusão lógica e o único caminho aceitável, mostrava-se preocupante se projetada no horizonte de questões mais amplas. O STJ, por exemplo, soube demonstrar que, em matéria de direitos fundamentais sociais, a radicalidade da súmula poderia trazer problemas aos que foram inicialmente beneficiados com o provimento cautelar deferido em função de prévia e pacífica jurisprudência de momento. Também é fácil perceber que, diante de inesperadas e estruturais mudanças em regimes jurídicos até então consolidados — especialmente quando envolvem empreendimentos de alto custo financeiro e administrativos construídos e mantidos para prestação

⁴² O autor do citado parecer é o então Procurador da República, Dr. Gilmar Ferreira Mendes.

⁴³ Julgamento unânime da 2ª Turma de 15/10/2002.

de serviços públicos — a liminar inicialmente deferida deveria se conservar até a resolução final do processo, de forma a evitar sucessões de recursos e decisões que tragam ainda mais insegurança e instabilidade à situação fática do impetrante.

Tal avaliação somente pode ser feita com profundidade à luz da ideia de segurança jurídica, tomando por base que a autoridade jurisdicional, bem como a Administração Pública, necessariamente precisam se submeter aos postulados da confiança legítima e da boa-fé perante o jurisdicionado. Assim sendo, parece razoável supor que o problema jurídico da validade ultra ativa da liminar em mandado de segurança remete mais à análise de princípios como o da segurança jurídica e da boa-fé do que de premissas lógico-formais de natureza estritamente processual. A complexidade dos problemas modernos e o ativismo jurisdicional dos tempos atuais não permite que o juiz do século XXI examine questões como essa a partir de uma avaliação meramente processual ou com base na dogmática mais tradicional do direito do processo.

Essa preocupação, somada à fragilidade inerente do enunciado do STF, sugere que a conservação da Súmula 405 do STF traz mais confusão e problemas do que abre portas para melhor resolver as questões submetidas ao Poder Judiciário. É fácil perceber que se a liminar deferida em mandado de segurança não tiver caráter conservativo, a tendência é que o juiz, ao proferir sua sentença denegatória, casse sua decisão anterior, salvo se verificar, do exame do caso concreto, indícios de que a cassação poderá trazer jurídica e processualmente mais ameaças e riscos ao impetrante. De uma forma ou de outra, a validade da liminar para além da sentença deve ser tema afeto aos dramas circunscritos do caso sob análise, exame esse que necessariamente precisa ser feito pelo juiz de forma livre e autônoma, sem se vincular a orientações normativas que, a pretexto de facilitar a vida do magistrado, podem criar problemas insolúveis ao jurisdicionado e à própria sociedade.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

Lei 13.303, de 30/06/2016 (mensagem de veto).

Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Publicada no *DOU* de 1º/07/2016.

Lei 13.305, de 04/07/2016.

Acrescenta o art. 19-A ao Decreto-Lei 986, de 21 de outubro de 1969, que “institui normas básicas sobre alimentos”, para dispor sobre a rotulagem de alimentos que contenham lactose.

Publicada no *DOU* de 05/07/2016.

Lei 13.306, de 04/07/2016.

Altera a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de fixar em cinco anos a idade máxima para o atendimento na educação infantil.

Publicada no *DOU* de 05/07/2016.

Lei 13.307, de 06/07/2016.

Dispõe sobre a forma de divulgação das atividades, bens ou serviços resultantes de projetos esportivos, paraesportivos e culturais e de produções audiovisuais e artísticas financiados com recursos públicos federais.

Publicada no *DOU* de 07/07/2016.

Lei 13.308, de 06/07/2016.

Altera a Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, determinando a manutenção preventiva das redes de drenagem pluvial.

Publicada no *DOU* de 07/07/2016.

Lei 13.313, de 14/07/2016.

Altera as Leis 10.820, de 17 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento; 12.712, de 30 de agosto de 2012; 8.374, de 30 de dezembro de 1991, que dispõe sobre o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por embarcações ou por sua carga; e 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 15/07/2016.

Lei 13.315, de 20/07/2016.

Altera as Leis 12.249, de 11 de junho de 2010, 9.779, de 19 de janeiro de 1999, e 9.481, de 13 de agosto de 1997, para dispor sobre a incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte sobre remessas ao exterior de valores destinados à cobertura de gastos pessoais, à promoção de produtos, serviços e destinos turísticos brasileiros e de rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão.

Publicada no *DOU* de 21/07/2016.

Lei 13.329, de 1º/08/2016.

Altera a Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, para criar o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento do Saneamento Básico – Reisb, com o objetivo de estimular a pessoa jurídica prestadora de serviços públicos de saneamento básico a aumentar seu volume de investimentos, por meio da concessão de créditos relativos à contribuição para o Programa de Integração Social – PIS e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – Pasep e à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins.

Publicada no *DOU* de 02/08/2016.

Lei 13.330, de 02/08/2016.

Altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar, de forma mais gravosa, os crimes de furto e de receptação de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes.

Publicada no *DOU* de 03/08/2016.

Mensagem de Veto Total 390, de 12/07/2016.

Projeto de Lei 7.343, de 2010 (158/2007 no Senado Federal), que “Altera o inciso XVI do art. 20 da Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, para definir os eventos que são considerados desastres naturais, para fins de liberação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS”.

Publicada no *DOU* de 12/07/2016.

Medida Provisória 739, de 07/07/2016.

Altera a Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social, e institui o Bônus Especial de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade.

Publicada no *DOU* de 08/07/2016.

Medida Provisória 741, de 14/07/2016.

Altera a Lei 10.260, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior.

Publicada no *DOU* de 15/07/2016.

Decreto 8.805, de 07/07/2016.

Altera o regulamento do benefício de prestação continuada, aprovado pelo Decreto 6.214, de 26 de setembro de 2007.

Publicado no *DOU* de 08/07/2016.

Decreto 8.828, de 02/08/2016.

Altera o Decreto 5.163, de 30 de julho de 2004, que regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica.

Publicado no *DOU* de 03/08/2016.



Numeração única: 0000151-60.2004.4.01.4300
Arguição de Inconstitucionalidade 2004.43.00.000151-0/TO

Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Autora: Fazenda Nacional
Procuradora: Dra. Cristina Luísa Hedler
Ré: Transmilenium Ltda.
Advogado: Dr. Evandro Borges Arantes
Suscitante: Oitava Turma do TRF 1ª Região
Suscitada: Corte Especial do TRF 1ª Região
Publicação: e-DJF1 de 14/07/2016, p. 11

Ementa

Constitucional. Art. 75, § 1º, da Lei 10.833/2003. Arguição de inconstitucionalidade. Apreensão de veículo. Liberação condicionada ao pagamento de multa. Ofensa ao direito de propriedade e aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal.

I. O § 1º do art. 75 da Lei 10.833/2003, ao condicionar ao recolhimento da multa imposta em seu *caput* a liberação de veículo apreendido em razão do transporte de mercadorias sujeitas a pena de perdimento, ofende o direito de propriedade e os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal constantes nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.

II. A Administração Pública possui medidas próprias para satisfação de seus créditos, e é vedada a utilização de expedientes oblíquos para cobrança de tributos, ainda mais quando eventuais medidas acabam por restringir o exercício de profissão ou atividade econômica.

III. Declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 75 da Lei 10.833/2003.

Acórdão

Decide a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 75 da Lei 10.833/2003, nos termos do voto da relatora.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 30/06/2016.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:
— Discute-se nestes autos a possibilidade de se condicionar ao pagamento da multa a liberação de veículo apreendido com base nos arts. 74 e 75 da Lei 10.833/2003, em razão de transporte de produtos sem a regular documentação de importação.

A Oitava Turma desta Corte entendeu que os referidos artigos não fazem menção à imputação de pena de perdimento ao veículo, mas tão somente às mercadorias nele transportadas, razão pela qual, por considerar que a Fazenda Nacional possui meios próprios para cobrança da multa, concluiu pela ilegitimidade da imposição de condição pecuniária para liberação do veículo (fls. 128-133).

O Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso extraordinário interposto pela Fazenda Nacional, para determinar o retorno dos autos a esta Corte a fim de que a constitucionalidade do art. 75, § 1º, da Lei 10.833/2003 fosse novamente analisada pelo órgão competente, nos termos do art. 97 da Constituição Federal (fls. 204-205).

Ao reexaminar a matéria, a Oitava Turma desta Corte, em julgamento do qual participei como relatora, reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do art. 75 da Lei 10.833/2003, por unanimidade, e, em consequência, suscitou o presente incidente de inconstitucionalidade, por acórdão que recebeu a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. RETORNO DO STF. ART. 75, § 1º, DA LEI 10.833/2003. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. APREENSÃO DE VEÍCULO. LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE MULTA. OFENSA AO DIREITO DE PROPRIEDADE E AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

O § 1º do art. 75 da Lei 10.833/2003, ao condicionar a liberação de veículo apreendido em razão do transporte de mercadorias sujeitas a pena de perdimento ao recolhimento da multa imposta no caput, ofende o direito de propriedade e os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal.

Arguição de inconstitucionalidade acolhida.

A Fazenda Nacional defendeu a constitucionalidade do art. 75, § 1º, da Lei 10.833/2003 e a rejeição do incidente de inconstitucionalidade (fls. 227-236).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo acolhimento da arguição de inconstitucionalidade (fls. 244-249).

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Cumpridas as diligências a que se refere o art. 355 do Regimento Interno desta Corte, inclusive com a publicação do edital para conhecimento dos titulares do direito de propositura de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade (art. 103 da CF), os quais se mantiveram silentes (fls. 237-240), passo a apreciar a constitucionalidade do § 1º do art. 75 da Lei 10.833/2003, que assim estabelece:

Art. 75. Aplica-se a multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) ao transportador, de passageiros ou de carga, em viagem doméstica ou internacional que transportar mercadoria sujeita a pena de perdimento:

I - sem identificação do proprietário ou possuidor; ou

II - ainda que identificado o proprietário ou possuidor, as características ou a quantidade dos volumes transportados evidenciarem tratar-se de mercadoria sujeita à referida pena.

§ 1º Na hipótese de transporte rodoviário, o veículo será retido, na forma estabelecida pela Secretaria da Receita Federal, até o recolhimento da multa ou o deferimento do recurso a que se refere o § 3º.

A sistemática introduzida pelo referido diploma legal autoriza que a Administração Tributária mantenha apreendido o veículo transportador de mercadorias sujeitas a pena de perdimento até o recolhimento da multa estabelecida no caput do art. 75, nos termos do § 1º desse artigo.

Vê-se que o legislador pretendeu combater o contrabando e o descaminho com adoção de medidas punitivas aos transportadores que viabilizam a entrada de mercadorias de maneira ilícita no País. Nesse sentido é a Exposição de Motivos da Medida Provisória 135/2003, no que se refere ao seu art. 59, do mesmo teor do art. 75 ora em análise, conforme transcrevo a seguir:

43. O combate ao contrabando e ao descaminho com procedência nos países vizinhos, que tanto atormenta o comércio do País, e cujo meio de transporte por excelência são os ônibus de "turismo", está sendo tratado com o rigor adequado às dimensões e à gravidade do problema por meio dos arts. 58 e 59, que traz medidas de prevenção e de punição aos transportadores que viabilizam essa forma de entrada ilícita de mercadorias no país, inclusive o narcotráfico, o tráfico de armas e o contrabando de cigarros.

A adoção de medidas punitivas para com o proprietário de ônibus de turismo, com a não liberação do veículo apreendido como meio coercitivo para o pagamento da multa, contraria o direito constitucional de propriedade e os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, estampados nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, que assim dispõem:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Não há dúvida de que os crimes devam ser combatidos com medidas de prevenção e de punição. Porém, a Administração Pública deve assegurar a todos o direito ao contraditório e ao devido processo legal. Exigir que o proprietário do veículo apreendido, a que se refere o caput do art. 75 em análise, pague a multa para a liberação do veículo, é condená-lo previamente, sem observância do devido processo assegurado pela Constituição Federal.

*Participaram do julgamento os Exmo. Srs. Des. Federais Kassio Marques, Néviton Guedes, Gilda Sigmaringa Seixas, Jamil de Jesus Oliveira, Carlos Moreira Alves, João Batista Moreira, Marcos Augusto de Sousa, Cândido Ribeiro, Mário César Ribeiro, Neuza Alves, Hilton Queiroz, José Amílcar Machado, Jirair Aram Meguerian, Daniel Paes Ribeiro e Ângela Catão.

No julgamento do Recurso Extraordinário 18.331/SP — DJ de 08/11/1951 — o Supremo Tribunal Federal bem delimitou o exercício do poder estatal de taxar e estabeleceu limites para essa atuação. Do judicioso voto proferido pelo ministro Orosimbo Nonato, convém transcrever o seguinte trecho:

O poder de taxar não pode chegar a desmedida do poder de destruir, substituída o conhecido axioma de Marshall pelo – de que “the power to tax is the power to keep alive” [...] O poder de taxar “somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade.

É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até abuso, ao excesso, ao desvio, aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do “detournement de pouvoir”. Nem haveria que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito de inconstitucionalidade, quando a Justiça argentina já proclamou que “La incompatibilidad puede ser con la letra de la Constitución, o solamente con su espíritu, es decidir, con su verdadero significado cuando la letra es oscura o da lugar a diversas interpretaciones” (González Calderon in Lúcio Bittencourt, o Contrôlo Jurídico da Constitucionalidade das Leis, pags. 53/54).

Tal entendimento consolidou-se na Suprema Corte, que, em diversas outras ocasiões, contrapôs-se à prática comumente adotada pelo Fisco, de impor sanções que, na via transversa, objetivem o pagamento de tributos, conforme dispõem os seguintes enunciados de Súmulas do STF:

É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo – Enunciado 70.

É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos – Enunciado 323.

Não é lícito a autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais – Enunciado 547.

Vê-se, portanto, que, como a Administração Pública possui meios próprios para a satisfação de seus créditos, não se mostra legítima a utilização de expedientes oblíquos para a cobrança de tributos, tanto mais quando venham a restringir o exercício de profissão ou de atividade econômica. Nesse sentido também já se manifestou o Supremo Tribunal Federal (ARE 806839/SP, DJe de 30/04/2014 e RE 700775, DJe de 07/11/2013).

O mesmo entendimento colhe-se do parecer ofertado pelo representante do Ministério Público Federal:

Com efeito, não se afigura constitucional a utilização de meio coercitivo para o pagamento de pendências. A Administração Pública deve fazer a cobrança das infrações autuadas por intermédio dos meios legais disponíveis em nosso ordenamento jurídico.

A não-liberação do veículo apreendido como meio coercitivo para o pagamento da multa e outras despesas contraria direitos constitucionais da propriedade, do devido processo legal e do amplo direito de defesa, porquanto ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, como se extrai dos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Ante o exposto, declaro a inconstitucionalidade do § 1º do art. 75 da Lei 10.833/2003, por violação dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, que consagram os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal.

É como voto.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Kassio Marques: — Senhor presidente, acompanho a relatora, que fez uma exposição muito clara; e o STJ, em outros casos que não coincidem com o que está sendo julgado, já tem uma jurisprudência firme desde 2003 nesse sentido. Então, vou acompanhar, sem nenhum adendo, o voto da relatora.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — Senhor presidente, também acompanho, saudando o voto da relatora, foi bem apanhado. Não se cuida, no caso, na minha opinião, de propriamente discutir-se apenas o princípio da propriedade, o direito fundamental à propriedade. É que os incisos LIV e LV da Constituição, como bem apanhado por sua excelência — e disso acho que a Fazenda Pública não tem como escapar —, não vedariam em tese a possibilidade até da apreensão desse bem, mas, na minha opinião, não temos exceção: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Se apreendo o bem e sob a ameaça de não pagando a multa o bem permanecer apreendido, o que estou fazendo é suprimindo o direito de propriedade, mas, indo um pouco além, parece-me que também haveria violação ao princípio da proporcionalidade, porque dificilmente essa multa alcançaria o valor do próprio bem, quer dizer, ainda que houvesse o devido processo legal, não seria proporcional assegurar o pagamento da multa com a apreensão do bem. Sendo por um lado, sendo por outro,

na minha opinião, não há como escapar. A conclusão de que esses automóveis, trabalhei durante muito tempo em faixa de fronteira, a expressão até é cansativa, eles falam lá, não sei se continuam falando aqui, de veículos adrede preparados, mas isso não dispensa o devido processo legal, no qual, inclusive, se demonstraria que esses veículos estão realmente preparados, mas não seria, inclusive, tarefa da Procuradoria da Fazenda encarregar-se disso, porque, salvo engano, decorre de sanção penal, quer dizer, demonstrando que o veículo está preparado exclusivamente para a prática de descaminho e contrabando é em outra seara que isso deveria ser buscado, nem é tarefa da Procuradoria da Fazenda. O Ministro Gilmar, só para completar, em passagem repetida em vários de seus artigos, costuma citar o seguinte:

É interessante notar que a primeira referência de algum significado ao princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — tanto quanto é possível identificar [e aqui eu concluo] — está intimamente relacionada com a proteção do direito de propriedade. No RE nº 18.331, da relatoria do eminente Ministro Orozimbo Nonato, deixou-se assente, *verbis*: “O poder de taxar [eu diria aqui o poder de multar] não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade”.

No caso, portanto, além de absolutamente desproporcional e ainda que não fosse, não teria como superar a cláusula do devido processo legal, que impede que qualquer bem, patrimônio ou liberdade possam ser constrangidos sem o devido processo legal. Então, por essas razões, não tenho dúvida em acompanhar sua excelência a relatora.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa: — Senhor presidente, essa providência da retenção, temos que identificar com certa clareza para sabermos qual o regramento que se vai seguir. Se se trata de uma medida com vista a obter o recolhimento de tributo, vamos esbarrar no entendimento já consagrado e sumulado do Supremo Tribunal Federal, mas não é sob essa ótica que a eminente relatora apresenta o voto no sentido de se declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 75 da Lei 10.833. Sua excelência identifica conflito do dispositivo com as normas constantes dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição. Embora a Procuradoria da Fazenda seja o órgão de representação da União para, em juízo, adotar as

providências que interessar à Administração Federal, não se trata de uma questão tributária em sentido estrito, é uma questão alfandegária, uma questão de aplicação ou de exercício do poder de polícia da União, poder de polícia que não pode ser desprovido de coercibilidade e de autoexecutoriedade, ou seja, se as medidas de controle de fronteira, de aduana, de política alfandegária dependerem dessas providências, interpretadas sob a ótica de uma processualização da atuação da Administração, em que tivessem de assegurar antes a ampla defesa e o contraditório, com certeza, seria quase inócua toda a legislação que diz respeito a esse controle de fronteira com relação ao trânsito de bens, principalmente num país como o nosso, com uma fronteira imensa. Sob essa ótica, tenho certa dificuldade em identificar a inconstitucionalidade que foi encontrada pela eminente relatora. Por quê? No exercício do poder de polícia, o mesmo ato — e aí é prática de ato ilícito — pode desbordar da esfera administrativa e alcançar, inclusive, a esfera penal. Nesse caso, a medida teria uma natureza acautelatória. É isso que precisamos ver, ou seja, retirar de circulação um veículo que foi identificado numa situação de utilização para a prática de ato ilícito. Então, a privação, nesse caso, temporária, provisória não conflita, no meu modo de ver, com os dispositivos constitucionais que foram apontados pela ilustre relatora. Por quê? Porque está assegurado, o próprio dispositivo (art. 75) prevê a possibilidade do recurso, inclusive a liberação do veículo na hipótese de provimento do recurso ou do pagamento da multa.

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — Se me permite, desembargador, invertendo, passa a ser regular a apreensão do veículo, quando deveria ser o contrário, a Administração deveria demonstrar isso. Invertemos a lógica do devido processo.

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa: — As apreensões que já vi em processos, todas foram feitas quando o veículo estava sendo utilizado para o transporte ilegal de mercadorias, nas condições que estão expressamente previstas, sem identificação do proprietário ou possuidor, ainda que identificado o proprietário ou possuidor, as características ou a quantidade dos volumes transportados.

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — Mas isso não deveria ser provado?

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa: — Sim, a retenção, inclusive, tem essa finalidade.

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — Não seria o contrário?

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa:
— Se se retiram do veículo todas as poltronas com a finalidade de caber mercadoria e esse veículo não é retido, quando ele for eventualmente periciado, essas características já terão desaparecido. Então, a medida administrativa tem natureza cautelar.

O Exmo. Sr. Des. Federal Néviton Guedes: — É culpado ou suspeito, esse é que é o problema. Normalmente prendo alguém, essa pessoa normalmente pode ter praticado o crime, mas não é disso que se cuida. Praticado ou não tem que ter respeito ao devido processo legal.

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa:
— Exatamente, mas esse é o devido processo legal. Os atos de exercício do poder de polícia não podem ser desprovidos de autoexecutoriedade. Nesse caso, a retenção, a interdição de um estabelecimento tem a força; a Administração, se for desprovida dessa força, é inócua, não tem mais sentido. Se fosse com a finalidade de buscar o pagamento de tributo, não teria dúvida nenhuma em acompanhar o voto da eminente relatora, mas nesse caso temos uma particularidade: esse veículo está sendo retido numa situação de flagrante de prática de ato ilícito, relacionado normalmente com contrabando ou descaminho, ou seja, essa atuação da Administração pode ter o contraditório e a ampla defesa deferidos para um momento posterior, sem que isso ofenda as garantias constitucionais das pessoas. Nós não estamos falando de contribuinte nesse caso, porque não é uma relação de alguém que deve pagar um tributo ao Fisco. Não, pode ser até um estrangeiro, que nem seja nacional. Então, a 7ª Turma, inclusive, tem entendimento em sentido oposto ao que foi mencionado pela eminente relatora no voto proferido no âmbito da 8ª Turma. Inclusive, fico muito à vontade, peço as mais sinceras vênias à Desembargadora Maria do Carmo, minha ilustre colega, integrante da 8ª Turma, essa decisão é de 2008, eu não integrava o Tribunal, não integrava a 8ª Turma, sua excelência estava, naquela ocasião, acompanhada dos juízes convocados Osmane Antônio dos Santos e Cleberson José Rocha, que foi exatamente quando enfrentou a questão.

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:
— Não sei se me fiz entender. Na verdade, o grande problema não está na apreensão do veículo utilizado como meio criminoso, porque aqui a Polícia Federal tem que fazer o trabalho dela, essa perícia e tal, o que está aqui é o seguinte: faz-se a apreensão do veículo para pagamento de multa, ou seja, dali a meia hora ele paga multa, está liberado.

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa:
— Mas aí está identificado quem recebeu o veículo.

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:
— Se um minuto depois ele paga a multa, ele vai embora.

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa:
— Os processos que tramitam no âmbito da 4ª Seção a respeito dessa matéria têm contrato de locação, no qual o proprietário não aparece.

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso:
— É diferente, inclusive já tivemos julgados na 8ª Turma em que foi realmente mantida a retenção do veículo, porque, efetivamente, ficou comprovado que transcorreu o prazo da multa, ele pagou a multa, mas a Polícia Federal manteve a retenção do veículo por outros motivos, aí já é um processo criminal, é uma outra situação. O que nós estamos discutindo aqui é a retenção como forma coercitiva para pagamento de multa, não é outra situação. Então, o fator é: hoje faz-se a apreensão do seu carro, diz que o seu carro está ruim, estacionou em lugar errado, vai segurá-lo aqui até pagamento de multa; agora, se vossa excelência paga a multa, reconhece que é o culpado.

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa: — Senhor presidente, gostaria de concluir o meu voto. O que diz o § 2º, que está sendo tido como inconstitucional, na hipótese de transporte rodoviário, o veículo será retido na forma estabelecida pela Secretaria da Receita Federal até o recolhimento da multa ou o deferimento do recurso a que se refere o § 3º. Essa alternativa já afasta que a finalidade seja exclusivamente para o pagamento da multa. Então, a retenção está inserida no exercício do poder de polícia da Administração Federal, e nós não podemos desprovê-la dessas características inerentes ao poder de polícia, sob pena de deixarmos a Administração Pública ser um instrumento eficaz de atuação nesses casos. Fazendo essa distinção, penso que a declaração de inconstitucionalidade, nesse caso, não é essencial para a solução do caso concreto, que poderia ser solucionado sob outros fundamentos, ou seja, inclusive a verificação da situação fática, se autoriza a retenção.

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Não autoriza.

O Exmo. Sr. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa:
— Exatamente, se não autorizar, pode ser liberado por esse argumento. Então, pedindo as mais sinceras vênias à Desembargadora Maria do Carmo, relatora do incidente, ao Desembargador Néviton e Kassio, que a acompanharam, dirijo para rejeitar a arguição de inconstitucionalidade.

Voto-Vogal

A Exma. Sra. Des. Federal Gilda Maria Sigmaringa Seixas: — Senhor presidente, acompanho a relatora, também indagando, Dra. Maria do Carmo, se a inconstitucionalidade seria pela retenção?

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Pela retenção.

A Exma. Sra. Des. Federal Gilda Maria Sigmaringa Seixas: — Então, analisando aqui os termos da lei, o § 3º, que o Dr. Marcos falou, que diz:

Caberá recurso, com efeito exclusivamente devolutivo, a ser apresentado no prazo de vinte dias da ciência da retenção, a que se refere o § 1º, ao titular da unidade da Receita Federal, que o apreciará em instância única;

ou seja, o contribuinte pratica o ilícito, esse veículo é apreendido para pagamento de uma multa, ele paga a multa, é isso que vossa excelência acha que é inconstitucional?

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Sim, é uma retenção para o pagamento da multa, ou seja, é uma forma coercitiva para o pagamento de multa.

A Exma. Sra. Des. Federal Gilda Maria Sigmaringa Seixas: — Então, se ele pagar a multa...

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Está liberado; o problema é a sua manutenção até que se prove; há casos, inclusive nós temos julgado e julgamos também, eu julguei muito, na 3ª Seção, essa questão de liberação do veículo, há casos em que se comprova efetivamente que o proprietário do veículo não tem nada a ver com aquelas mercadorias que estavam sendo transportadas. Ele não tem nada a ver com isso. Ele tem um ônibus, ele freta o ônibus para uma excursão, e, entre alguns passageiros, há alguns que trazem alguma mercadoria. Há uns, como o Desembargador Marcos Augusto disse, em que efetivamente está claro e evidente que aquele transporte está sendo feito com fim exclusivo do contrabando, só que isso nos chega aos autos já com provas, com provas suficientes para entender que aquele proprietário realmente tem a responsabilidade, mas há muitos casos em que ele só fretou o ônibus. Aí fica retido esse ônibus até pagamento de multa, e ele não vai pagar multa, porque, se ele pagar a multa, ele reconhece como se fosse devedor, como se fosse realmente o responsável. E ele recorre, só que, como disse, nesse recurso só há efeito devolutivo, ele não tem efeito suspensivo. Então, o veículo vai ficar lá três, quatro, cinco anos deteriorando, até que se

discuta e se comprove que ele realmente não tinha responsabilidade, o dono do veículo. Exatamente, a própria norma diz o seguinte: identificados os proprietários das mercadorias, serão eles responsabilizados, e não o dono do veículo.

A Exma. Sra. Des. Federal Gilda Maria Sigmaringa Seixas: — Porque até o inciso I diz: sem identificação do proprietário.

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Sim, acompanhando as súmulas do Supremo, inclusive a do Ministro Lewandowski, quando devolveu esse processo, realmente para acompanhar. As súmulas do Supremo são todas nesse sentido. Não pode fazer uma apreensão de uma mercadoria coercitivamente. Houve um caso interessante, até julgado pelo Supremo Tribunal Federal, relatoria do Ministro Marco Aurélio, do qual eu não consegui detectar o número aqui, que era o caso de Santa Catarina, que a empresa devedora do ICMS estava impedida de fazer, confeccionar suas notas fiscais. Então, foi declarada a inconstitucionalidade, porque era uma forma coercitiva de receber os tributos.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira: — Senhor presidente, eu me ponho de acordo com todas as manifestações que o Desembargador Marcos Augusto trouxe, mas o problema, aqui, desse dispositivo legal é que ele não está preocupado com a retenção em si; a retenção é possível ou é possível. Só que o legislador disse: se pagar, levo de volta, pode liberar o carro, o transporte. Quer dizer, é uma multa substitutiva de uma providência, Desembargador Marcos Augusto, que poderia ser tomada com a perícia no automóvel, no ônibus, que sabemos isso aí às fartas. O problema é que, quando se condiciona a liberação ao pagamento da multa, a multa se torna mais importante, muito mais importante do que a própria investigação das condições do veículo. De qualquer maneira, a pena de perdimento não está afastada pela aplicação da multa, mas, pagando, retira-se o automóvel, o transporte; quer dizer, é uma exigência que se coloca absolutamente com o propósito de arrecadação. Eu não compartilho da afirmação de que se fala de multa tributária, porque não é; multa é administrativa, a natureza é administrativa, ela não é tributária. Mas ela é voltada predominantemente para o recolhimento, quer dizer, não tem sentido todo um trabalho de fiscalização do Poder Público, com vistas a perdimento ou com vista a coibir o descaminho ou o contrabando, se ele libera o transporte, o veículo mediante o pagamento da multa, quer dizer, é uma

exigência absolutamente despropositada, além de desproporcional, como lembrou o Desembargador Néviton, porque não guarda qualquer relação sequer com os bens que estejam sendo transportados. Então, eu acompanho a eminente relatora, porque esta multa é substitutiva, sim, ela visa inibir o exercício do direito de propriedade, pelo menos que seja momentaneamente, e o libera com um simples depósito, sem qualquer relação com os bens. Então, o propósito aqui não é, realmente, investigar ou inibir ou coibir o transporte, a entrada e saída de mercadorias que não poderiam ser transitadas. Então, eu acompanho a relatora, senhor presidente.

Voto-Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Eu vou pedir vênias à relatora e aos que a acompanharam, para acompanhar o voto divergente. E justifico, porque, no exercício do poder de polícia, Desembargador Jamil, a autoridade alfandegária pode apreender não só o veículo, mas as próprias mercadorias, objeto da internação ilícita, e liberá-las, havendo o pagamento do tributo com a multa, até nos aeroportos se vê isso hoje, que não se tem mais a exigência da declaração prévia. Se fiscaliza, e olha que aquele material, objeto, no caso, do descaminho, está sendo internado acima do valor de cota permitido, dá-se a apreensão e, em sequência, a liberação, havendo o pagamento do tributo e da multa.

O Exmo. Sr. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira: — É, presidente, mas aí nós estamos falando das mercadorias, aqui nós estamos falando do transporte, do veículo.

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Sim, sim, o que eu estou dizendo é que esse transporte a que me refiro é aquele preparado para o contrabando. Se eu declaro inconstitucional a norma, eu não vou me permitir o exame do transporte, que é preparado para o contrabando ou não, eu já risquei a norma do mundo jurídico. É só nesse sentido, pedindo vênias.

Voto-Vogal Pela Ordem

O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira: — Há, em nosso Direito, pena de perdimento administrativo de veículo transportador de mercadorias descaminhadas. Isso acontece quando o veículo transportador é de propriedade do autor do descaminho. Quando se faz a apreensão de mercadoria em veículo e o veículo é de propriedade de autor ou coautor do descaminho, é feita

a apreensão, no inquérito policial, e cópia das peças é encaminhada à Receita Federal, para que também instaure processo administrativo de perdimento, com base no Decreto-Lei 37. Em razão dessa pena de perdimento também do veículo, era comum, quando trabalhei nessa área, o contrabandista transportar a mercadoria em veículo de terceiros, antevendo a possibilidade de que, se o veículo fosse próprio, sofrer a pena de perdimento junto com a mercadoria. Há também a hipótese do Código Penal, art. 91, que dispõe:

São efeitos da condenação: II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito [...].

Um veículo, em regra, não é coisa ilícita, mas, se está adrede preparado para ocultar a mercadoria, transforma-se, por natureza, em instrumento ilícito, por isso, está sujeito à pena de perdimento como efeito da condenação. Então, o mesmo veículo pode estar sujeito à pena de perdimento administrativo, quando é de propriedade do autor ou coautor do contrabando ou descaminho, e a pena de perdimento como efeito da condenação criminal, se está especialmente preparado para ocultar mercadoria descaminhada ou contrabandeada. As normas que preveem essas espécies de perdimento não estão revogadas pelo art. 75, § 1º, em discussão. Declarada a inconstitucionalidade desse dispositivo, a polícia administrativa ou judiciária, Desembargador Marcos Augusto, continua aplicável para aqueles outros dois fins. No momento que se instaura um inquérito policial, mediante prisão em flagrante, há a apreensão dos instrumentos utilizados no crime, incluídos os veículos, com vista à aplicação das penas de perdimento ou como instrumento de prova de participação no crime. O Código de Processo Penal estabelece que a autoridade policial deverá apreender os instrumentos do crime. De modo que, declarando-se inconstitucional esse dispositivo, não vai afetar os demais, que permitem a apreensão, seja com vista às duas penas de perdimento, seja simplesmente como meio de prova da infração. Aqui está bem clara a finalidade da retenção:

Na hipótese de transporte rodoviário, o veículo será retido, na forma estabelecida pela Secretaria da Receita Federal, até o recolhimento da multa ou deferimento do recurso [...].

Pode acontecer que esse dispositivo, não sendo declarado inconstitucional, induza o fiscal a

pensar que a apreensão só acontece para garantir o pagamento da multa, que sendo paga a multa, será sempre liberado. Não é isso. Há casos — aqueles citados — em que o pagamento da multa não implica liberação. Se o ônibus — numa hipótese — está sendo utilizado para o transporte de mercadoria contrabandeada e o proprietário do ônibus é coautor do crime de contrabando, vai cair no Decreto-Lei 37 ou, conforme o caso, no Código Penal, assim, mesmo sendo paga a multa, não será liberado. O dispositivo em referência só se refere à manutenção da apreensão para efeito de forçar o pagamento da multa. É inconstitucional sob esse enfoque e a declaração de sua inconstitucionalidade não vai alterar aqueles outros fundamentos para manter apreensão.

Voto-Vogal Pela Ordem

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:
— Eu não costumo antecipar votos, só em situações excepcionais. Inclinei-me a fazê-lo porque, como entrarei de férias, talvez não esteja aqui na sessão de continuação do julgamento desta questão e, por isso mesmo, gostaria de antecipar o voto, sem prejuízo de, em estando presente na continuação do julgamento, até mesmo reconsiderar posições ou posição, se fundamentos em sentido contrário me convencerem do equívoco do voto que proferirei. Eu não tenho dúvidas, pedindo licença respeitosa à divergência, em acompanhar a eminente relatora, na medida em que a Constituição Federal assegura o direito de propriedade como regra geral, e excepciona, com a possibilidade de perda dessa propriedade, apenas casos restritos, e disse bem o nosso colega João Batista: na hipótese de perdimento administrativo dos bens ou na hipótese de efeito de condenação criminal. São exceções ao direito de propriedade que têm como sua principal característica, a meu ver, o de permitir ao proprietário a livre disposição e o livre fruir do bem de que é proprietário. No caso aqui, discute-se essa norma confrontada em sua constitucionalidade, ela cuida tão somente, como já foi dito, da multa, que é autônoma em relação ao perdimento. O perdimento é uma coisa, é uma sanção que, aliás, não pode ser revertida por um pagamento pecuniário. A multa trata, sim, de uma apenação administrativa por um ato ilícito administrativo. Na espécie, a multa, pelo que eu depreendi, diz respeito à sanção por uma infração

administrativa. Tanto assim que, paga a multa, o veículo é liberado. Se realmente o escopo fosse o de proteger — com relação ao ato ilícito — a sociedade, não teria sentido esse pagamento, quer dizer, alguém paga a multa e imediatamente pode transitar livremente com o veículo para cometer tantas outras infrações quantas sejam possíveis. Não teria, com todo o respeito aos que entendem em contrário, o menor sentido esse argumento, porque, se realmente o escopo é para se evitar que crimes sejam cometidos, simplesmente essa apreensão cautelar se faria sob outra perspectiva, ou para assegurar uma pena de perdimento que não está sob cogitação ou para se assegurar um efeito de condenação penal futura, mas nada disso está sendo cogitado. Simplesmente se diz nessa norma aqui enquanto não for paga a multa, aquele bem apreendido que não é em si mesmo objeto de ilícito — ele é um transportador do ilícito, isso pode até vir a ser reconhecido como tal e aí sujeito às consequências penais ou administrativas de perdimento —, mas, enquanto apenado tão somente pela multa, nada disso está sendo cogitado, quer dizer, essa multa se estabelece para o pagamento da sanção administrativa com a posterior liberação do bem. E o que isso representa na prática? Temporário ou até definitivamente se impedir o proprietário, que não deixou de ser proprietário, pelo menos por enquanto, de livremente utilizar o bem de sua propriedade. Se não tiver, inclusive, dinheiro para pagar essa multa, aquele bem fica indefinidamente retido, o que significa dizer que, na prática, ele terá perdido o seu direito de propriedade. Então, nós temos que distinguir bem as figuras do perdimento e dos efeitos da condenação penal da figura da multa, que não é sequer uma circunstância tributária, mas, sim, uma circunstância administrativa de apenação por um ilícito administrativo. Com essas considerações, senhor presidente, pedindo, como disse, a mais respeitosa licença àqueles que entendem em contrário, acompanho a eminente relatora, reconhecendo a inconstitucionalidade dessa disposição legal, que não admite, a meu ver, sequer uma compatibilização ou uma interpretação que a torne compatível com a Constituição, na medida em que ela é clara: enquanto não houver o pagamento da multa, não há a liberação do bem que, com o só fato do pagamento, pode livremente transitar.

Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico www.trf1.jus.br, *link* jurisprudência/inteiro teor.

Primeira Seção

Processual Civil. Previdenciário. Conflito negativo de competência. Vara estadual x vara federal. Ulterior mudança de domicílio do autor incapaz (menor e interditado por doença mental) e de sua genitora/curadora. Interesse de vulnerável/hipossuficiente que derrui o princípio da perpetuação da jurisdição.

I. O art. 87 do CPC dispõe que: “Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.”

II. O ECA (Lei 8.069/1990) preceitua que (art. 147) a competência será determinada (I) “pelo domicílio dos pais ou responsável” ou (II) “pelo lugar onde se encontra a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável”.

III. O art. 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência considera “pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial [...]”, em favor da qual propugna pela acessibilidade a serviços próximos de seu domicílio.

IV. Na linha do parecer do MPF/PRR, a 2ª Seção do STJ (CC 134.471/PB, rel. Min. Raul Araújo, *DJe* 03/08/2015), quanto à mudança de domicílio do autor no curso da lide, orienta que, no eventual entrelaçamento entre tais comandos, prevalece — em detrimento da norma da perpetuação da jurisdição (art. 87 do CPC/1973), usualmente cultuada — a proteção alimentar e dos demais interesses do menor litigante (interditado por transtorno mental, tanto mais), que justifica excepcionalmente o superveniente deslocamento da demanda, no caso, da Justiça Estadual (Primavera do Leste/MT) para a Justiça Federal (Sinop/MT), atualmente domicílio do autor e de sua genitora/curadora, notadamente em se tratando de ação previdenciária e atinente a prestação assistencial, que mais ressalta a hipossuficiência e a vulnerabilidade do litigante ativo, a fomentar a promoção da dignidade humana em desfavor do formalismo processual.

V. Precedente da 1ª Seção do TRF1 (CC 0047955-76.2011.4.01.0000/DF, rel. Desembargadora Federal Ângela Catão, *DJe* 21/11/2014): “A Segunda Seção entende que a regra de competência insculpida no art. 147, I, do ECA, que visa a proteger o interesse da criança, é absoluta, ou seja, deve ser declarada de ofício, não sendo admissível sua prorrogação”.

VI. Conflito conhecido: competente o Juízo Federal suscitante.

(Conflito de Competência 0003649-46.2016.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas, unânime, e-*DJF1* de 06/07/2016, p. 454)

Processual Civil. Previdenciário. Conflito negativo de competência. Parte-autora domiciliada em Tangará da Serra/MT. Competência delegada da Justiça Estadual local. Ulterior criação de UAA (Unidade Avançada de Atendimento), como ponto fixo (provisório/precário) de Justiça Itinerante, vinculada à Seção/MT. Irrelevância. Hipótese que não consubstancia criação superveniente de vara federal (a exigir lei própria). Perpetuação da jurisdição (art. 87 do CPC/1973 e art. 43 do CPC/2015). Inteligência da Resolução Presi/TRF1 36/2015 e da CF/1988 (art. 96, I, d, c/c § 2º do art. 107 e § 3º do art. 109). Precedentes de reforço do TRF4, nascedouro da experiência. Incidente conhecido e acolhido.

I. Trata-se de conflito negativo de competência em ação previdenciária, instaurado entre vara estadual (da suscitada Comarca de Tangará da Serra/MT), onde originariamente ajuizada a demanda, que não é sede de vara federal, e a vara federal da Seção/MT (suscitante), a que vinculada a UAA (Unidade Avançada de Atendimento) ulteriormente instituída pela Resolução Presi/TRF1 36/2015.

II. Enquanto o Juízo Estadual suscitado compreendeu que a criação da unidade representaria instituição de “nova Vara Federal” no município de domicílio da parte-autora, assim cessando a competência delegada, o juízo federal suscitante, todavia, argumenta que a UAA se caracterizaria como mero posto de justiça itinerante não ensejando, já por força de comando expresso da resolução (e da sua própria razão de ser), a redistribuição dos feitos então em tramitação na Justiça Estadual.

III. A CF/1988 (§ 3º do art. 109) estipula que: “Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal [...]”.

IV. A Carta Maior estabelece, ainda, que (§ 2º do art. 107): “Os TRF’s instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.”

V. A criação de varas judiciárias demanda lei ordinária federal expressa e de iniciativa/propositura privativa dos Tribunais (art. 96, I, d, da CF/1988).

VI. O art. 87 do CPC/1973 e o art. 43 do CPC/2015 dispõem, cada qual a seu modo, que a competência se determina no instante em que a ação que é proposta (registrada/distribuída), sendo “irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência” absoluta.

VII. A Resolução Presi/TRF1 36/2015 autorizou a criação da UAA em Tangará da Serra/MT (vinculada à Seção/MT), ecoando experiência profícua pretérita do TRF4, “como modalidade de justiça itinerante, com ponto fixo de atendimento” (alínea a das considerações), prevendo (§ 1º do art. 3º) a “não redistribuição processual para a UAA, inclusive dos processos em tramitação da Justiça Estadual, por jurisdição delegada”, destinando-se, em suma, à realização (art. 4º) de “atividades que exijam a presença das partes”, com atuação de magistrados federais em sistema de rodízio quinzenal, em estrutura funcional quase espartana.

VIII. A teor mesmo, pois, da literalidade da Resolução Presi/TRF1 36/2015, que não é lei em sentido formal nem material, tem-se que a mera instituição da UAA em Tangará da Serra/MT, que tem nítida natureza precária/temporária e atuação limitada, não denota criação de vara federal que, se e quando, justificaria, sim, o eventual deslocamento, até de ofício, das demandas previdenciárias que já tramitassem na vara estadual com jurisdição sobre o domicílio do autor para a citada vara federal detentora de tal poder, o que, todavia, não é o caso da implementação de singelo ponto fixo de atendimento, vinculado, ademais, a seção judiciária localizada em cidade outra (distante do local de formação das provas).

IX. Da jurisprudência do TRF4, nascedouro desta sistemática de Justiça Itinerante, colhem-se precedentes de reforço alusivos ao tema, fortes no sentido da manutenção do feito na Justiça Estadual, em atuação de competência federal delegada (CC 5014253-94.2016.4.04.0000/RS e CC 5013187-79.2016.4.04.0000/RS, julgados em Abr/2016).

X. A metodologia das Unidades Avançadas de Atendimento pelo TRF4 foi, inclusive, objeto de premiação pelo Instituto Innovare na Edição XI/2014, como “política de aproximação e facilitação do acesso à Justiça Federal”.

XI. Conflito conhecido: competente o Juízo Estadual.

(CC 0025909-20.2016.4.01.0000 / MT, rel. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas, Unânime, e-DJF1 de 03/08/2016, p. 60)

Administrativo e Processual Civil. Benefício previdenciário. Prévio requerimento administrativo. Necessidade. entendimento do Supremo Tribunal Federal em repercussão geral. Processo incluído nas hipóteses de transição. Anulação da sentença para apresentação do requerimento administrativo.

I. O Supremo Tribunal Federal decidiu sob o regime de repercussão geral que não resta caracterizado o interesse de agir do segurado que não apresenta requerimento administrativo do benefício pretendido, não havendo em tais hipóteses violação ao princípio constitucional do acesso ao Poder Judiciário.

II. Por motivo de economia processual e para evitar a perda de milhares de processos que se encontram em tramitação, a Corte Suprema promoveu a modulação do julgado, estipulando hipóteses em que o processo pode ser examinado em seu mérito sem a necessidade de apresentação de requerimento administrativo e indicando as situações onde o requerimento é necessário, cabendo aos tribunais determinar as providências necessárias ao cumprimento da necessidade de prévio requerimento administrativo.

III. Esta Turma estipulou que nos casos em que o processo tenha sido extinto, com ou sem o exame de seu mérito, mas sem contestação de mérito pelo INSS, restringindo-se a autarquia a apontar a necessidade de apresentação de prévio requerimento do benefício para viabilizar a formulação do pedido junto ao Poder Judiciário, a sentença deverá ser anulada, com o retorno dos autos à origem para que o juízo determine a *intimação pessoal da parte-autora e seu advogado* para protocolar no prazo de 30 (trinta) dias o pedido administrativo, instruindo-o com toda a documentação apresentada no processo judicial.

IV. A parte-autora não precisa aguardar o retorno dos autos à origem para promover o pedido administrativo, pois as instâncias administrativa e judicial são independentes.

V. Apresentado o pedido, o processo ficará suspenso junto à vara aguardando a resposta do INSS que deverá ser apresentada ao requerente e protocolada nos autos para conhecimento do juízo no prazo máximo de 90 (noventa) dias.

VI. Acolhido o pedido na esfera administrativa, o processo deve ser extinto sem o exame de seu mérito, observado o princípio da causalidade.

VII. Em caso de indeferimento do benefício ou ausência de resposta administrativa no prazo máximo fixado na modulação do Supremo Tribunal Federal, o processo deve retomar seu curso regular com nova prolação de sentença ou a devida instrução e julgamento.

VIII. Para evitar maiores prejuízos à parte-autora, que não concorreu para a demora na solução do direito aqui vindicado, e diante do caráter alimentar do benefício previdenciário, fica mantida a antecipação da tutela, acaso concedida.

IX. Sentença anulada, de ofício, para viabilizar o cumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 631240/MG, nos termos estipulados no voto condutor deste acórdão.

X. Apelação(ões) interposta(s) por qualquer das partes prejudicada.

(Apelação Cível 0006002-10.2016.4.01.9199/TO, rel. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas, unânime, e-DJF1 de 06/07/2016, p. 1.410)

Segunda Seção

Mandado de segurança criminal. Abandono do processo penal. Multa prevista no art. 265 do Código de Processo Penal aplicada ao impetrante pela autoridade apontada como coatora. Afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa configurada. Concessão da segurança reclamada.

I. Para a aplicação da multa prevista no art. 265 do Código de Processo Penal é necessário que o advogado primeiramente seja ouvido acerca das razões pelas quais deixou de praticar o ato processual para o qual foi devidamente intimado, antes de concluir pelo abandono do processo, sob pena de violar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

II. Precedentes deste Tribunal (TRF1 – 2ª Seção, MS 0010340-81.2013.4.01.0000MG, Desembargador Federal Hilton Queiroz, e-DJF1, p. 46, de 06/06/2013).

III. Segurança concedida.

(Mandado de Segurança 0064318-02.2015.4.01.0000/AC, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 14/07/2016, p. 55)

Processo Civil e Administrativo. Conflito negativo de competência. Ação de desapropriação para fins de reforma agrária. Lei 7.583/1986. Vara federal especializada de capital. Vara federal da subseção judiciária cuja jurisdição abrange o município de situação da área desapropriada. Forum rei sitae. Aplicabilidade. Competência absoluta.

I. Com a implantação das varas federais agrárias especializadas nas capitais, pelo Conselho da Justiça Federal, nos termos da Lei 7.583, de 06/01/1986 (art. 4º), com competência em todo o território da seção judiciária, firmou-se a compreensão de que as ações de desapropriação para reforma agrária deveriam ser processadas e julgadas nas varas agrárias da capital, independentemente da localização do imóvel.

II. Com a (intensa) interiorização da Justiça Federal, alguns julgados passaram a entender (de quando em vez) que essas ações deveriam ser processadas e julgadas na sede da subseção judiciária em cuja jurisdição estivesse o município da localização do imóvel, até mesmo por fundar-se (essa é a compreensão majoritária) em direito real sobre imóvel.

III. Hipótese regida pelo art. 95 do CPC/1973 (“Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa.”) e pelo art. 47 do CPC/2015 (“Para as ações em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa.”). Cuida-se de competência absoluta, inderrogável, de modo a incidir o princípio do *forum rei sitae*. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

IV. O “deslocamento da competência” objetiva “promover o andamento do feito, na medida em que o juízo mais próximo ao local da área desapropriada terá maior acesso às circunstâncias que permeiam a causa, o que facilita a instrução probatória” (STJ – REsp 1150489/CE).

V. Como alguns julgados da 2ª Seção ainda dão pela competência da vara especializada da capital, convém unificar a jurisprudência, em prol do bem andamento das ações, para firmar como regra a competência da vara federal da subseção judiciária da localização do imóvel, uniformizando a jurisprudência da seção.

VI. Proposta a ação de desapropriação na vara especializada em matéria agrária e ambiental da Seção Judiciária de Mato Grosso, justifica-se a remessa dos autos à subseção judiciária cuja jurisdição abrange o município no qual está situado o imóvel desapropriado.

VII. A Portaria/Presi/Cenag 491, de 30/11/2011, fixa orientação de que a competência das varas especializadas em matéria ambiental e agrária limita-se apenas aos municípios que integram a jurisdição da sede da correspondente seção judiciária.

VIII. Conflito conhecido, para declarar a competência do juízo suscitante — 2ª Vara Federal de Sinop/MT.

(Conflito de Competência 0007720-91.2016.4.01.0000/MT, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, e-DJF1 de 21/07/2016, p. 51)

Terceira Turma

Processual Penal. Habeas corpus. Organização criminosa. Atividades complexas interligadas. Participação de servidores públicos federais autárquicos. Corrupção. Interesse da União. CF, art. 109, inciso IV. Crimes conexos. Súmula 122/STJ. Incidência. Inserção de dados falsos em sistema estadual. Repercussão direta em sistema federal autárquico. Competência da Justiça Federal. Anulação de atos decisórios. Ordem denegada.

I. Os fatos que ensejaram o recebimento da denúncia referem-se a condutas ilícitas praticadas por organização criminosa, da qual o paciente é acusado de integrar como membro de um de seus núcleos, que revelam complexas atividades ilícitas interligadas entre si, viabilizadas ou facilitadas por servidores públicos federais supostamente corruptos de autarquias federais, o que evidencia o interesse da União e atrai a competência da Justiça Federal (Constituição Federal, art. 109, inciso IV).

II. Identificada a ocorrência de crimes conexos praticados por organização criminosa, implica reconhecer a incidência do enunciado da Súmula 122/STJ.

III. A repercussão direta do crime de falsificação em sistema de autarquia federal (Sistema DOF, gerido pelo Ibama), em face da inserção de dados falsos no Sisflora (Sistema Estadual de Controle gerido pela Semas/PA), evidência o interesse federal e, por consequência, a competência da Justiça Federal para a persecução criminal. Precedentes jurisprudenciais.

(*Habeas Corpus* 0017990-77.2016.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, unânime, *e-DJF1* de 15/07/2016, p. 255)

Processo Penal. Apelação criminal. Investigação preliminar. Patrocínio infiel e apropriação indébita. Pedido ministerial de declínio de competência. Requerimento de remessa dos autos à Justiça Estadual. Não apreciação do pedido pelo magistrado. Apreciação jurisdicional devida.

I. A não apreciação do pedido de declínio de competência implica em violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, já que a tramitação de um futuro inquérito policial também se submeterá à fiscalização direta de um juiz competente.

II. Em sede de investigação preliminar, discordando o magistrado da manifestação ministerial, que entende ser o juízo incompetente para apreciação da matéria, deve encaminhar os autos ao procurador-geral de Justiça, na forma do art. 28 do Código de Processo Penal. Acatando, também deve dar solução ao caso, declinando a competência.

III. Não cabe a este Tribunal a apreciação da matéria, sob pena de incorrer em supressão de instância.

IV. Apelação provida.

(Apelação Criminal 0083302-53.2014.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal Iran Esmeraldo Leite (convocado), unânime, *e-DJF1* de 12/08/2016, p. 596)

Quarta Turma

Administrativo. Desapropriação. Execução. Substituição do Ibama pelo ICMBio na relação processual. Pagamento de precatórios expedidos. Precatórios futuros. Provimento parcial do agravo de instrumento.

I. Em execução de sentença de desapropriação de área (Seringal Paumarzinho) destinada à formação da Resex Chico Mendes, promovida pelo Ibama, a autarquia, por decisão judicial, veio a ser substituída na relação processual pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio.

II. Sem embargo da substituição, foram expedidos três requisições de pagamento contra o Ibama, já pagas em parte (EC 62/2009), tendo a decisão recorrida, por um lado, indeferido o cancelamento do precatório em nome do Ibama, para evitar graves prejuízos aos credores, em processo antigo, porém com a reinclusão da autarquia no processo; e, por outro, indeferida a expedição de futuros precatórios em nome do ICMBio.

III. Cuidando de processo de mais de 20 anos, com alguns credores já falecidos, e outro doente e em avançada idade, aconselha-se uma solução mais ponderada, sem retrocesso indevido, mantendo-se a validade e a eficácia dos requisitórios expedidos, em atenção ao princípio da razoável duração do processo, e mesmo pela irreversibilidade dos pagamentos já efetuados.

IV. De toda forma, como foi o Ibama quem desapropriou o imóvel, vindo depois a ser sucedido na relação processual pelo ICMBio, os pagamentos são devidos, sendo possível que as duas autarquias federais, no que for devido, procedam a um ajuste interno de orçamentos quanto aos precatórios expedidos e os pagamentos deles consequentes.

V. Não deve prevalecer, todavia, a ordem de reinclusão do Ibama no polo passivo da relação processual executória, já estabilizada com a inclusão do ICMBio, em nome de quem devem ser expedidos os futuros precatórios e/ou requisições de pagamento.

VI. Provimento parcial do agravo de instrumento.

(Agravo de Instrumento 0073614-19.2013.4.01.0000/AC, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, e-DJF1 de 26/04/2016, p. 1.739)

Habeas corpus. Art. 121, § 2º, II e IV. Homicídios cometidos por brasileiros no exterior. Competência da Justiça Estadual. Ordem parcialmente concedida.

I. Conforme salientado nos autos, de fato, “o Brasil não é parte de qualquer pacto que tipifique ou oriente a tipificação específica do crime de homicídio ou mesmo a criminalização genérica de condutas contra a vida. Tão somente a previsão genérica do direito à vida, encartada em pactos de afirmações gerais de direitos humanos não implica compromisso específico de persecução penal e previsão de criminalização”. Devendo ser aplicada no caso a regra do art. 7º, II, b, do CP, que não atrai, por si só, a competência da Justiça Federal.

II. “Afasta-se a competência da Justiça Federal, tendo em vista a inexistência de qualquer hipótese prevista no art. 109 da Carta da República, principalmente, porque todo o iter criminis ocorreu no estrangeiro”. Precedente do STJ.

III. Ordem parcialmente concedida para determinar a remessa dos autos à Justiça Estadual do Amapá, em face da incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal que deu origem à impetração.

(Habeas Corpus 0023951-96.2016.4.01.0000/AP, rel. Juiz Federal Carlos D’Ávila Teixeira (convocado), unânime, e-DJF1 de 10/08/2016, p. 860)

Quinta Turma

Constitucional. Processual Civil. Ação popular. Privatização da Companhia Vale do Rio Doce. Tese de situação fática consolidada pelo decurso do tempo. Impossibilidade de aplicação com relação à aferição dos critérios de avaliação da empresa. Possível lesão ao patrimônio público. Anulação da sentença. Negativa de prestação jurisdicional. Necessidade de perícia. Manifestação do TCU. Ausência de vinculação. Inexistência de usurpação de competência do STF. Remessa provida.

I. A presente ação popular foi proposta contra o processo de privatização da Companhia Vale do Rio Doce – CVRD, efetivado dentro do Programa Nacional de Desestatização – PND, instituído pela Lei 8.031/1990. Diversas ações foram ajuizadas em diferentes estados da Federação, até que o Superior Tribunal de Justiça, por meio de decisão proferida pelo Ministro Demócrito Reinaldo, relator do Conflito de Competência 19.686/DF, em 5 de maio de 1997, estabeleceu a prevenção do Juízo do 4ª Vara da Seção Judiciária do Pará para processar e julgar os feitos reconhecendo a conexão entre 27 (vinte e sete) ações populares.

II. Novas ações foram ajuizadas e, posteriormente, 70 (setenta) ações subiram a este Tribunal Regional Federal da 1ª Região por força de apelação ou de remessa oficial e foram julgadas pela Quinta Turma em 26 de outubro de 2005. Contra o respectivo acórdão, foram opostos embargos de declaração pelas partes, que não chegaram a ser apreciados em razão da suspensão dos processos decorrente de decisão proferida em 19 de setembro de 2006 nos autos da Reclamação 2259/PA, proposta pela Companhia Vale do Rio Doce perante o Superior Tribunal de Justiça contra esta Quinta Turma.

III. A referida reclamação foi julgada parcialmente procedente em 17 de novembro de 2008 e restou determinado pelo relator para acórdão, Ministro José Delgado: a) a anulação dos acórdãos proferidos em qualquer uma das 25 ações que compõem o universo das 27 referidas no decisório do CC 19.686/DF, haja vista existirem duas com decisões transitadas em julgado; b) a reunião em um só processo de todas as ações com recurso, a fim de que recebam um único julgamento, considerando-se como relator o prevento, isto é, o que, por efeito de distribuição, tiver recebido o primeiro recurso; c) a intimação das partes acerca da reunião dos processos em segundo grau; com posterior vista ao Ministério Público; d) que, no julgamento, após pauta, seja emitida decisão como bem entender, juridicamente, o Tribunal.

IV. Como a presente remessa não é uma das vinte e cinco ações populares que foram objeto da Reclamação STJ 2259/PA, listadas no voto vencedor do Ministro José Delgado, este feito pode ter seu trâmite retomado normalmente.

V. Na hipótese dos autos, embora a sentença proferida tenha julgado improcedente a demanda, o fez sem qualquer apreciação quanto ao mérito da controvérsia. Merece, portanto, ser anulada, por sequer haver permitido a correta instrução do feito com a dilação probatória necessária ao deslinde da controvérsia.

VI. A ação popular é o remédio constitucional colocado à disposição de qualquer cidadão para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, conforme disposto no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal.

VII. No que tange ao alcance do controle dos atos administrativos, não cabe ao Poder Judiciário adentrar no juízo de conveniência, oportunidade ou eficiência da Administração nem na valoração dos motivos ou na escolha do objeto, que caracterizam o mérito administrativo. Deve o Judiciário limitar-se a apreciá-lo sob o prisma da legalidade.

VIII. As questões formais relativas aos editais da licitação de alienação da empresa e da formação do consórcio de avaliação, tais como a mera publicação do aviso de edital e de sua não publicação em Língua Inglesa, estão superadas pelo decurso do tempo.

IX. A questão relativa à avaliação, por óbvio, não pode ser reduzida à simplória tese de situação fática consolidada pelo decurso do tempo. Há que se ter presente que as ações populares têm por objetivo, dentre outros, a recomposição do patrimônio público lesado. Nesse sentido, as alegações relativas aos critérios de avaliação do patrimônio da CVRD ganham relevo, pois, se corretas, eventual subavaliação ou não avaliação terá levado a um gigantesco prejuízo ao patrimônio público, dada a enormidade do patrimônio da empresa. São irregularidades que, se existentes, não estão atingidas pelo decurso do tempo, ou consolidadas pela transferência da empresa ao domínio privado.

X. Os argumentos do autor popular, no que tange à subavaliação ou não avaliação do patrimônio da CVRD, encontram respaldo no relatório do Grupo de Assessoramento Técnico da Comissão Externa da Câmara dos Deputados, formada por especialistas reunidos pela Coordenação dos Programas de Pós-graduação em Engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, que apurou significativa diferença entre os valores das reservas registrados pela Vale na *Securities and Exchange Commission*, em Nova Iorque, que foram conferidos e admitidos pelas autoridades americanas, porém, posteriormente, foram reduzidos pela empresa Merrill Lynch quando da avaliação do patrimônio da empresa, entre os anos de 1995 e 1996.

XI. Em que pesem todos os alegados benefícios para o País com a desestatização da Companhia Vale do Rio Doce, e apesar de a privatização estar consolidada, não se pode permitir que a mesma possa ter sido feita ao arrepio da lei, com a possível subvalorização de seu patrimônio a fim de facilitar a venda. Há espécies de irregularidades que, se existentes, não são atingidas pelo decurso do tempo, ou consolidadas pela transferência da empresa ao domínio privado. Os fins não podem justificar os meios.

XII. O controle exercido pelo Tribunal de Contas da União, ainda que nos termos do art. 71, II, da Constituição Federal, não é jurisdicional, inexistindo vinculação da decisão proferida pelo órgão administrativo com a possibilidade de o ato impugnado ser submetido à apreciação do Judiciário. Suas decisões, portanto, se submetem, como qualquer ato administrativo, ao controle exercido pelo Poder Judiciário. Assim, a manifestação daquela Corte de Contas acerca dos procedimentos de privatização da CVRD (Acórdão 1047/2004) não impede a apreciação, pelo Poder Judiciário, da matéria.

XIII. Ausente, no presente julgamento, qualquer usurpação da competência originária do Supremo Tribunal Federal. As ações populares em exame, pela causa de pedir e pelo pedido formulado, não constituem hipóteses reservadas à ação direta de inconstitucionalidade, de privativa competência originária do STF; não atacam qualquer ato normativo dotado de generalidade e abstração, mas atos puramente administrativos, praticados ao longo do processo de alienação da empresa.

XIV. Sem que tenha sido permitida a necessária dilação probatória, não há como aferir a correção dos critérios adotados na avaliação. A sentença, tal como proferida, furtou-se a prestar a tutela jurisdicional, ferindo os princípios basilares do acesso à Justiça.

XV. Remessa *ex officio* provida, para anular as sentenças e determinar o retorno dos autos à vara de origem, visando o regular prosseguimento do feito.

(Numeração única: 0004460-97.2003.4.01.3900, Reexame Necessário 2003.39.00.004414-4/PA, rel. Des. Federal Selene de Almeida, unânime, e-DJF1 de 19/02/2010, p. 126)

Processual Civil. Concurso público. Mandado de segurança coletivo. Conselho Regional de Técnicos em Radiologia. Ilegitimidade ativa. Ação extinta sem resolução do mérito. Art. 267, VI, do CPC/1973. Sentença mantida.

I. A controvérsia instaurada nos autos gravita em torno da legitimidade ativa, ou não, do Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 9ª Região em impetrar mandado de segurança coletivo.

II. A ação mandamental originária foi impetrada pelo Conselho Regional de Técnicos em Radiologia – CRTR 9ª Região contra ato supostamente ilegal do prefeito do Município de Bela Vista de Goiás/GO, com o objetivo de que se declare a nulidade de concurso público para processo seletivo de preenchimento do cargo de técnico em radiologia (Edital 1/2013), até a retificação pretendida no que se refere à carga horária e ao vencimento mínimo dos técnicos em radiologia.

III. A Carta Magna, em seu art. 5º, inciso LXX, assim dispõe: “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

IV. Extraí-se do exposto que conselho profissional não se enquadra em nenhuma das categorias previstas na Constituição Federal de 1988. Com efeito, não se trata de uma organização sindical nem de entidade de classe. Não possui associados nem membros. A bem da verdade, é órgão instituído por lei, tendo natureza jurídica de autarquia, integrando, por conseguinte, a Administração Pública indireta.

V. A finalidade precípua dos conselhos, via de regra, também, é bastante distinta daqueles legitimados a impetrar o mandado de segurança coletivo. Enquanto as entidades de classe e os sindicatos representam, em juízo ou fora dele, determinados segmentos da sociedade, os conselhos profissionais agem em nome do Estado na regulamentação e fiscalização de determinado ofício ou profissão.

VI. Não merece reformas a sentença que, dada a ilegitimidade ativa do impetrante para a propositura da ação, julgou extinto o feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC de 1973.

VII. Apelação a que se nega provimento.

(Apelação Cível 0037086-59.2013.4.01.3500/GO, rel. Juíza Federal Daniele Maranhão Costa (convocada), unânime, e-DJF1 de 16/06/2016, p. 1.247)

Processual Civil e Constitucional. Ação popular. Programa Mais Médicos. Ato potencialmente ilegal e lesivo à moralidade administrativa e ao patrimônio público. Cabimento da ação popular. Inépcia da inicial afastada.

I. Na espécie dos autos, resta demonstrado na petição inicial o risco de lesão ao patrimônio público da União Federal, decorrente dos evidentes efeitos financeiros do convênio firmado com a Opas, para fins do Programa Mais Médicos, assim como resultante do comprometimento da transparência dos atos administrativos envolvidos na negociação e execução do ajuste.

II. Ademais, a ação popular é cabível para a proteção da moralidade administrativa, ainda que inexistente o dano material ao patrimônio público. Precedentes do STJ e deste TRF.

III. Apelações do autor e do Ministério Público Federal providas para anular a sentença monocrática e determinar o retorno dos autos para regular processamento e prolação de sentença de mérito.

(Apelação Cível na Ação Popular 0019974-52.2014.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, e-DJF1 de 04/07/2016, p. 484)

Processual Civil. Apelação. Ação indenizatória proposta por ex-empregado em face do ex-empregador. Ressarcimento de valores gastos a título de honorários periciais e advocatícios contratuais, em virtude do ajuizamento de reclamação trabalhista julgada procedente. Competência absoluta da Justiça do Trabalho (CF, art. 114, inciso VI). Nulidade da sentença.

I. Nos termos do art. 114, inciso VI, da Constituição Federal, “compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”.

II. Na hipótese dos autos, em se tratando de demanda em que se busca o pagamento de indenização por danos morais e materiais, correspondentes, estes últimos, aos gastos realizados a título de honorários periciais e advocatícios, com o ajuizamento de reclamação trabalhista, movida por ex-empregado em face de ex-empregador, falece competência à Justiça Federal, para processar e julgar o feito, por força do referido dispositivo constitucional, do que resulta a nulidade da sentença monocrática. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

III. Provisamento da apelação da Caixa Econômica Federal. Sentença anulada, ordenando-se a remessa dos autos à Justiça do Trabalho, com as anotações de estilo.

(Numeração única: 0001607-85.2007.4.01.3800/MG, Apelação Cível 2007.38.00.001660-3, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 06/07/2016, p. 1.756)

Sexta Turma

Constitucional e Processual Civil. Ação civil pública. Patrimônio histórico-cultural. Conjunto urbanístico. Reforma em imóvel em desacordo com projeto aprovado pelo Iphan. Parcial procedência. Conclusão acerca da ausência de impacto negativo de grande porte sobre os bens dotados de valor histórico e cultural individualmente destacados. Profissional de engenharia. Impossibilidade. Atribuição legal de arquiteto ou engenheiro-arquiteto. Nulidade da prova pericial.

I. Manifestando-se as partes, oportunamente, quanto à qualificação de perito designado para a realização de prova técnica, questão não decidida pelo magistrado de primeiro grau, não há que se falar em preclusão.

II. As profissões de engenheiro civil e arquiteto não se confundem, não podendo engenheiro civil ser nomeado perito em área de atribuição exclusiva de arquiteto (a título de exemplo, matéria relativa a monumentos e sítios de valor cultural). A reforçar a falta de atribuição do engenheiro para perícias e estudos sobre bens tombados, Decisão Normativa 75/2005 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – Confea, que “define os profissionais competentes para executar as atividades de projeto e execução de serviços e obras de conservação e restauração em edifícios, monumentos e sítios de valor cultural, e em sua vizinhança ou ambiência”.

III. Nos termos do art. 3º da Decisão Normativa 75/2005 do Confea, “Para efeito da fiscalização do exercício profissional, compete aos arquitetos e urbanistas as atividades de projeto e execução de serviços e obras de conservação e restauração em edifícios, monumentos e sítios de valor cultural, e em sua vizinhança ou ambiência”. Dispõe seu parágrafo único, por seu turno, que “Os serviços complementares às atividades relacionadas no caput deste artigo que exigirem conhecimento técnico de outras áreas do conhecimento para seu desenvolvimento deverão ser executados por equipe multidisciplinar sob a coordenação do arquiteto e urbanista”.

IV. Considerando a formação superior do perito nomeado para a realização da prova pericial (engenharia civil) e o fato de que a sentença recorrida encontra-se exclusivamente amparada na conclusão a que chegou o profissional — ausência de impacto negativo de grande porte sobre os bens dotados de valor histórico e cultural individualmente destacados —, conclusão essa que somente poderia ter sido apontada por arquiteto, na forma da legislação correlata, devido o provimento do recurso de apelação, declarando-se a invalidade da prova técnica.

V. A só conclusão acerca da invalidade da prova pericial produzida em primeira instância não enseja o provimento do recurso de apelação, a fim de que o pedido inicial seja julgado totalmente procedente. Determina, em verdade, o retorno dos autos à origem para produção de nova prova técnica, seja porque determinada a produção da prova técnica de ofício (art. 437 do CPC/1973, vigente à época), já que necessária ao esclarecimento da matéria controvertida, seja para evitar eventual e futura alegação de cerceamento de defesa.

VI. Por ocasião do retorno dos autos à origem, não deverão as partes formular novos quesitos além daqueles já realizados oportunamente, restringindo-se o entendimento ora firmado tão somente para possibilitar que tais quesitos sejam respondidos por quem detém atribuição legal para tanto.

VII. Recursos de apelação interpostos pelo Iphan e pelo MPF aos quais se dá parcial provimento, com o reconhecimento da nulidade da prova pericial produzida na origem e o retorno dos autos à primeira instância para produção de nova prova técnica por profissional que detenha atribuição legal (arquiteto ou engenheiro-arquiteto), com nova prolação de sentença ao final.

(Numeração única: 0042708-15.2001.4.01.3800, AC 2001.38.00.042814-0/MG, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, *e-DJF1* de 22/06/2016, p. 1.483)

Oitava Turma

Processual Civil. Tributário. Ação civil pública. Ministério Público Federal. Direito individual homogêneo divisível e disponível. Não ocorrência. Ilegitimidade ativa reconhecida.

I. A despeito de o Ministério Público Federal possuir legitimidade ativa para propor ação civil pública, além de outras hipóteses legais específicas, sempre que se cuide de interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis, sociais relevantes ou individuais homogêneos de consumidores, não tem legitimidade para propor a presente ação, uma vez que seus efeitos alcançam apenas um grupo específico de indivíduos. Precedentes do STJ e desta Corte.

II. Apelação da OAB/MT a que se dá provimento, para acolher a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público Federal e julgar extinto o processo, sem resolução do mérito.

III. Apelação do Conselho Federal da OAB de que se conhece em parte e, à parte conhecida, a que se dá provimento.

(Numeração única: 0001944-97.2004.4.01.3600, Apelação Cível 2004.36.00.001943-2/MT, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, *e-DJF1* de 19/08/2016, p. 3.793)

Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico www.trf1.jus.br, *link* [jurisprudência/inteiro teor](#).

Corte Especial

Constitucional e Tributário. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. Poder de polícia na fiscalização dos produtos fumígenos, derivados do tabaco. Taxa de vigilância e fiscalização sanitária (CF, art. 145, II c/c os arts. 77 e 78 do CTN; Lei 9.728/1999, art. 23, § 1º e respectivo anexo II, item 9.1). Incidente de controle difuso de constitucionalidade. Rejeição.

I. Afigura-se constitucional, legal e legítima a taxa de fiscalização sanitária da Anvisa, como prevista na Lei 9.728/1999, art. 23, e respectivo anexo II, item 9.1, sendo observados os pressupostos tipificadores do poder de polícia inscrito no art. 145, inciso II e respectivo § 2º, da Constituição Federal e nos arts. 77, parágrafo único, e 78, parágrafo único, do Código Tributário Nacional – CTN, para a fiscalização e controle dos produtos fumígenos, derivados do tabaco, com gravíssimo potencial ofensivo ao direito fundamental à saúde de todos (CF, arts. 196 e 197).

II. A política nacional de combate ao tabagismo, visto como epidemia global, nos termos da *Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco*, ratificada pelo Senado Federal, através do Decreto Legislativo 1.012, de 27/10/2005, e promulgada pelo Decreto presidencial 5.658, de 02/01/2006, *legitima a complexa atividade do poder de polícia da Anvisa*, na linha de eficácia dessa política internacional de fiscalização e controle dos produtos derivados do tabaco, em dimensão planetária e precautiva de proteção à saúde pública.

III. A taxa de fiscalização sanitária da Anvisa, na complexa dimensão difusa de sua *atividade vital e precautiva de poder de polícia, no controle do tabagismo*, em todo o território nacional, com ramificações transfronteiriças, encontra amparo na convenção-quadro internacional em referência e *não utiliza o faturamento das empresas de tabaco como base de cálculo* (base econômica da tributação), mas, sim, *como parâmetro de redução dessa atividade mortífera, a exigir alto custo no exercício regular desse poder de polícia, sem descuidar do princípio da capacidade contributiva da empresa, em sua elevada lucratividade da indústria e do comércio tabagista*, sem ofensas aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da isonomia tributária, sistemicamente prestigiados, na espécie.

IV. Rejeitou-se, em questão de ordem, a aplicação literal do § 5º do art. 355 do Regimento Interno do TRF 1ª Região na espécie dos autos.

V. Declaração de inconstitucionalidade, pelo controle difuso, da disposição normativa constante do item 9.1 do anexo II da Lei 9.728/1999, rejeitada.

(Numeração única: 0034152-31.1999.4.01.3400, Arguição de Inconstitucionalidade 1999.34.00.034204-0/DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, rel. p/ acórdão Souza Prudente, maioria, e-DJF1 de 04/07/2014, p. 7)

Segunda Seção

Penal. Processual Penal. Mandado de segurança criminal. Corrupção passiva, estelionato e peculato. Arts. 171, 313-A e 317 do CP. Medida cautelar de suspensão do exercício da função pública. Decisão fundamentada. CPP, art. 319, inciso I. Suspensão do pagamento dos vencimentos. Constrangimento ilegal. Caracterização.

I. Servidor denunciado pelos crimes previstos nos arts. 171, 313-A e 317 do CP (corrupção passiva, estelionato e peculato).

II. Medida cautelar concedida para restringir a entrada do impetrado, afastá-lo da função pública e suspender-lhe os vencimentos.

III. O art. 319 do Código de Processo Penal, ao relacionar as medidas cautelares diversas da prisão, estabeleceu, no inciso VI, a “suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”, mas não fez qualquer menção à continuidade ou interrupção do pagamento da remuneração do servidor.

IV. Segurança concedida, confirmando-se a liminar.

(Mandado de Segurança Criminal 0028377-54.2016.4.01.0000/AP, rel. Juiz Federal Carlos D’Ávila Teixeira (convocado), unânime, e-DJF1 de 21/07/2016, p. 54)

Terceira Seção

Processual Civil. Administrativo. Embargos infringentes. OSCIP. Termo de parceria. Verba para coordenação e produção executiva. Prestação de contas. Destinação diversa. Não ocorrência.

I. A Lei 9.790/1999, que cuida da qualificação de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o termo de parceria, traz, em seu art. 10, § 2º, as cláusulas que deverão estar previstas no referido instrumento.

II. Dispõe o inciso IV sobre a previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao termo de parceria, a seus diretores, empregados e consultores.

III. Em razão da natureza genérica da rubrica “Coordenação e Produção Executiva”, não pode ela ser entendida como destinada apenas para a remuneração dos diretores, mas sim para todas aquelas despesas necessárias à realização do festival.

IV. É certo que não se pode dar às cláusulas de contratos, convênios ou termos de parceria firmados pela Administração Pública com o particular uma interpretação mais extensiva. Ao contrário, a interpretação deve ser restritiva, como forma de se evitar o desvirtuamento da destinação dos recursos públicos.

V. Contudo, a própria natureza da rubrica “Coordenação e Produção Executiva” é por si mesma aberta e não permite restringir a sua hipótese de aplicação, mesmo porque não consta que tenha havido ilicitude ou mesmo desvio de finalidade com o uso da verba objeto do termo de parceria.

VI. A rubrica “Coordenação e Produção Executiva” não pode ser entendida restritivamente como verba destinada apenas ao pagamento da Diretoria Executiva, podendo ser compreendida também como destinada ao custeio de toda e qualquer atividade ou despesa na execução do objeto do contrato, tais como aluguel de sede, água, luz, telefone, gasolina para deslocamentos e outros.

VII. Embargos infringentes a que se dá provimento.

(Numeração única: 0034408-56.2008.4.01.3400, Embargos Infringentes 2008.34.00.034625-2/DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 06/07/2016, p. 501)

Primeira Câmara Regional Previdenciária da Bahia

Previdenciário. Aposentadoria por tempo de contribuição. Revisão. Reflexos trabalhistas. Não ocorrência de decadência. Efeitos financeiros. Honorários de sucumbência. Súmula 111 do STJ.

I. Não há interesse recursal do INSS, no que postula a observância do regramento trazido pela Lei 11.960 para os juros e a correção monetária, pois a sentença já assim proveu. Apelação não conhecida quanto a este ponto.

II. Sendo a relação previdenciária de trato sucessivo, não há a prescrição do fundo do direito, mas apenas das parcelas que forem vencendo antes do quinquênio que precedeu o ajuizamento da demanda, na esteira da Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça, conforme já decidido pelo juízo *a quo*.

III. Malgrado o benefício da parte-autora tenha sido concedido em 1992 e esta ação tenha sido ajuizada em 2011, não se consumou o prazo decadencial, tendo em vista que o pleito revisional tem por fundamento eventuais alterações nos salários de contribuição do PBC, em virtude de sentença trabalhista, sendo certo que, em casos que tais, o prazo de caducidade somente tem início a partir da liquidação das verbas reconhecidas no título judicial (Precedente: AC 00293204120114013300, Juiz Federal Cristiano Miranda de Santana, TRF1 – 1ª Câmara Regional Previdenciária da Bahia, *e-DJF1*, data: 15/12/2015, p.), o que, no caso, ocorreu em 2010.

IV. Não tem relevância para a relação previdenciária o fato de o INSS não ter participado do feito trabalhista, pois evidenciada a condição de segurado obrigatório do reclamante, bem como o acréscimo dos salários de contribuição, com a conseqüente incidência de contribuição previdenciária sobre essas diferenças (descontada diretamente das verbas trabalhistas), haverá inexorável repercussão no benefício concedido ao segurado, sendo certo que eventual não recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre os salários pagos à época não podem prejudicar o trabalhador, por se tratar de ônus do empregador, cabendo à Administração a fiscalização pertinente (Precedentes: AC 00063197120054014000, Juiz Federal Cleber José Rocha (convocado), TRF1 – Segunda Turma, *e-DJF1*, data: 26/01/2016, p. ; ApelRE 200950010053887, Desembargador Federal Paulo Espírito Santo, TRF2 – Primeira Turma Especializada, *e-DJF2R* - Data: 16/04/2012, pp. 18-19).

V. O termo inicial dos efeitos financeiros da revisão pretendida deve ser fixado na data da citação neste processo, já que a postulação administrativa de revisão, apresentada pela parte-autora no ano de 2008, foi bastante genérica, não se relacionando com os reflexos das verbas trabalhistas que lhe foram deferidas.

VI. O percentual de honorários de sucumbência deve incidir apenas sobre as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença (STJ, Súmula 111).

VII. *Apelação parcialmente conhecida e parcialmente provida, na parte conhecida, assim como a remessa oficial (itens 5 e 6)*. Retifique-se a autuação, para fazer constar o reexame necessário.

(Apelação Cível 0019457-61.2011.4.01.3300/BA, rel. Juiz Federal Fábio Rogério França Souza (convocado), unânime, *e-DJF1* de 19/07/2016, p. 1.075)

Primeira Turma

Administrativo. Pensão. Ex-combatente. Reversão em favor das autoras, filhas do ex-combatente. Reconhecimento do direito na esfera administrativa. Manifestação prévia do TCU para viabilizar o pagamento. Desnecessidade. Interesse processual caracterizado. Direito ao recebimento das parcelas retroativas. Remessa desprovida.

I. O interesse de agir se caracteriza diante da necessidade e utilidade da prestação jurisdicional para dirimir conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida, bem como pela adequação da via eleita pela parte para a tutela do bem da vida almejado com a propositura da ação.

II. As partes não se controvertem quanto ao reconhecimento do direito à reversão da pensão, mas, sim, quanto ao direito ao recebimento do benefício, independentemente da manifestação prévia da Corte de Contas, residindo aí o interesse processual.

III. Em razão da natureza alimentar do benefício da pensão, o art. 54, §§ 5º e 6º, do Decreto 49.096/1960, que aprova o Regulamento de Pensões Militares, prevê o pagamento provisório de tal benefício até o julgamento definitivo da legalidade do ato administrativo de concessão pelo Tribunal de Contas da União.

IV. As autoras requereram a habilitação à pensão especial perante o Exército em 26/04/2004 e não logo após o óbito de sua genitora em 1994, como alegaram na inicial.

V. É cediço que o direito à pensão por morte surge com o óbito do instituidor da pensão, em cujo momento deverão ser analisadas as condições legais para a sua concessão. E, no caso específico de ex-combatente, em se

tratando “de reversão do benefício à filha mulher, em razão do falecimento da própria mãe que a vinha recebendo, consideram-se não os preceitos em vigor quando do óbito desta última, mas do primeiro, ou seja, do ex-combatente”. (STF: AI-AgR 499.377/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, STF, Segunda Turma, DJ 03/02/2006; Plenário, MS 21.707-3/DF, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, maioria, DJ de 22/09/1995.) Em sendo assim, aplica-se ao caso o regramento em vigor em 02/07/1985, data da ocorrência do óbito do instituidor.

VI. Nos termos do art. 30 da Lei 4.242/1963, são requisitos para o pagamento da pensão especial de ex-combatente: 1) ser o ex-militar integrante da FEB, da FAB ou da Marinha; 2) ter efetivamente participado de operações de guerra; 3) encontrar-se o ex-militar, ou seus dependentes, incapacitados, sem poder prover os próprios meios de subsistência; e 4) não perceber qualquer importância dos cofres públicos.

VII. A Lei 4.242/1963 remeteu o aplicador à Lei 3.765/1960 para três finalidades, quais sejam: a) fixar o valor da pensão (igual à deixada por segundo-sargento); b) estabelecer a forma de reajuste da pensão (art. 30); c) estabelecer o órgão concedente e o controle do Tribunal de Contas (art. 31). O parágrafo segundo do art. 31 da Lei 3.765/1960 previu, expressamente, o pagamento do benefício da pensão especial em relação aos exercícios findos, sendo aplicável à espécie o disposto no art. 28 da Lei 3.765/1960, vigente à época do óbito do instituidor do benefício.

VIII. As autoras, habilitadas na condição de filhas do ex-combatente, possuem o direito ao recebimento das parcelas a título da pensão especial relativas aos 5 (cinco) anos que antecedem a data do requerimento administrativo.

IX. Remessa necessária desprovida.

(Numeração única: 0000466-57.2009.4.01.3801, Apelação/Reexame Necessário 2009.38.01.000474-0/MG, rel. Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha (convocado), unânime, e-DJF1 de 27/05/2016, p. 433)

Administrativo. Servidor público. Afastamento. Mestrado. Instituição de ensino de renome internacional. Custos financiados, em sua maior parte, por entidade internacional. Pedido pendente de apreciação pela Administração. Procedimento administrativo. Reposição ao Erário. Impossibilidade. Cautelar impeditiva. Legitimidade.

I. Na hipótese vertente, o servidor se ausentou das funções, para cursar mestrado nos Estados Unidos (Harvard), enquanto o pedido de afastamento pendia de apreciação pela Administração. Entre os motivos anunciados para a realização do curso estariam o renome internacional da instituição patrocinadora, o elevado custo para a realização desses estudos, a garantia do financiamento de sua quase totalidade por entidade internacional, a dificuldade em merecer nova oportunidade por instituição de elevado prestígio acadêmico, e as sucessivas negativas anteriores a pedidos de licença para a realização de mestrado em renomadas universidades estrangeiras.

II. A política para o desenvolvimento de pessoal do serviço público deve ser estabelecida pela própria Administração Pública. Não cabe ao Judiciário, em razão do princípio da separação dos Poderes, definir critérios para a formação e a capacitação dos recursos humanos. Esse espaço discricionário deve ser ocupado pela Administração, a partir de juízos de conveniência e de oportunidade, tendo como linha programática os princípios constitucionais que regem a Administração e a cidadania. Ao Judiciário cabe tão somente avaliar a razoabilidade e a legalidade desses critérios, sua conformação constitucional.

III. Não implica indevida intromissão no mérito administrativo a convalidação de afastamento de servidor, quando o contexto criado pelo exercício do poder administrativo constrangeu o interessado a esse afastamento. No presente caso, a Administração Pública, mesmo demandada — e requisitada por decisão judicial —, quedou-se inerte e em silêncio acerca dos requerimentos de afastamento, sem lhe oferecer qualquer resposta no prazo exigido. O comportamento da Administração, quebrando relações de lealdade e confiança, em não demonstrar qualquer interesse em incentivar e apoiar o servidor público na sua iniciativa de capacitação, iniciativa essa voltada ao desenvolvimento das competências institucionais e individuais, acabou por fazê-lo deliberar no licenciamento unilateral.

IV. Os regramentos ditados por normativas internas sobre afastamento para estudos no exterior devem guardar consonância com a política de capacitação instituída pela Lei 8.112/1990, que programa amplas possibilidades de aprimoramento do servidor, para atingimento da pretendida eficiência, legitimidade e qualidade administrativa.

V. As decisões em nome da Administração Pública devem se revestir, sobretudo, de razoabilidade, não em face de situações abstratas, hipoteticamente idealizadas pelo legislador para regular as situações passíveis de ocorrência, mas em face do contexto, de forma pragmática, considerando-se o caso concreto trazido à apreciação.

VI. Inegável, ademais, os prejuízos que a dispensa de servidor especializado em conhecimentos sobre a Administração Pública, como na hipótese, poderia significar para o setor e para o serviço público, como um todo.

VII. Até o trânsito em julgado de decisão sobre a legitimidade do afastamento do autor para a realização de estudos no exterior (Ação Judicial 2003.34.00.028163-3/DF), não pode a Administração deflagrar ou dar prosseguimento a procedimentos tendentes à reposição ao Erário de verbas recebidas por ele no período questionado. Indevido, portanto, o indeferimento da cautelar com o fim de impedir a cobrança, porquanto seu prosseguimento poderia ensejar a prematura devolução de verbas cuja legitimidade é objeto de apuração em ação principal.

VIII. Apelação a que se dá provimento.

(Numeração única: 0002934-04.2007.4.01.3400, AC 2007.34.00.002953-6/DF, rel. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira, rel. p/ acórdão Des. Federal Carlos Augusto Pires Brandão, maioria, e-DJF1 de 15/06/2016, p. 88)

Constitucional. Previdenciário. Auxílio-reclusão. Qualidade de segurado. Necessidade de caracterização da condição de segurado de baixa renda. Constitucionalidade do art. 201, IV, da CF/1988. Segurado desempregado. Requisitos preenchidos. Correção monetária. Juros de mora.

I. O auxílio-reclusão está previsto dentre os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, nos termos do art. 18, II, b, da Lei 8.213/1991, devido ao dependente do segurado. Nos termos do art. 80 da Lei 8.213/1991, "O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço."

II. A concessão do auxílio-reclusão pressupõe: a) o recolhimento à prisão do segurado em regime fechado ou semiaberto; b) a qualidade de segurado do preso; c) a baixa renda do segurado; e d) qualidade de dependente do beneficiário.

III. No entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 587.365/SC, sob regime de repercussão geral, a baixa renda é requisito que se refere ao segurado preso e não aos dependentes. O STJ firmou o entendimento que o momento da aferição da renda é o do recolhimento à prisão.

IV. No caso dos autos, o segurado, ao tempo do seu recolhimento à prisão, estava desempregado e não recebia remuneração de empresa nem benefício previdenciário, mas ainda conservava a qualidade de segurado (período de graça), por isso têm os seus dependentes direito à percepção do auxílio-reclusão.

V. O termo inicial do benefício de auxílio-reclusão será: (a) a data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até 30 dias depois desta; ou (b) a data do correspondente requerimento, quando posterior àquele prazo (art. 116, § 4º).

VI. Correção monetária e juros de mora de acordo com os índices constantes do Manual de Cálculos da Justiça Federal, em conformidade com as alterações nele introduzidas pela Resolução CJF 267, de 02/12/2013, publicada em 10 de dezembro de 2013.

VII. Honorários fixados em 10% do valor da condenação, correspondente às parcelas vencidas até o momento da prolação do presente acórdão, de acordo com a Súmula 111, do Superior Tribunal de Justiça, e com fundamento no art. 85, § 3º, I, do CPC/2015.

VIII. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, desprovidas.

(Apelação Cível 0021228-47.2011.4.01.3600/MT, rel. Des. Federal Carlos Augusto Pires Brandão, unânime, e-DJF1 de 27/07/2016, p. 608)

Administrativo. Servidora pública federal. Prorrogação de licença-maternidade. Posse em cargo público após o período previsto para a sua requisição. Art. 2º, § 1º, do Decreto 6.690/2008. Contagem do prazo a partir da data da posse da servidora. Possibilidade. Situação fática consolidada.

I. Hipótese em que a impetrante deu à luz no dia 15/04/2012, mas, tomou posse no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Brasília – IFB somente no dia 19/06/2012, ao que requereu administrativamente a concessão de licença-maternidade de forma proporcional, bem como a prorrogação por mais sessenta dias no dia 26/06/2012. O pedido foi negado sob a alegação de que deveria ter sido feito até o final do primeiro mês após o parto, com base no art. 2º, § 1º do Decreto 6.690/2008.

II. Ainda que se admita a razoabilidade da exigência insculpida no art. 2º, § 1º, do Decreto 6.690/2008, se a servidora tomou posse quando já nascido seu filho, o prazo mencionado no decreto deve ser contado a partir da posse, diante da impossibilidade material da servidora de cumprir tal prazo, já que não havia nem sido nomeada para o cargo ao final do primeiro mês após o parto.

III. Ademais, na hipótese, a situação fática consolidou-se, haja vista que, por força da liminar deferida em 23 de julho de 2012, já houve o gozo integral da licença não sendo possível desconstituí-la.

IV. Apelação do IFB e remessa oficial não providas.

(AMS 0040367-66.2012.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas, unânime, e-DJF1 de 1º/08/2016, p. 1.054)

Segunda Turma

Administrativo. Processo administrativo disciplinar. Instauração contra ex-servidor. Possibilidade. Apuração de irregularidades praticadas quando do exercício das funções públicas. Obrigatoriedade da apuração pela Administração Pública. Ausência do alegado direito líquido e certo. Apelação improvida.

I. O impetrante sustenta que é inadmissível a abertura de processo administrativo disciplinar em face de quem não mais ostenta a condição de servidor público ao tempo da instauração do procedimento.

II. O processo administrativo disciplinar tem o condão de concretizar o poder disciplinar, punindo as infrações praticadas pelos servidores, bem assim as demais pessoas que de alguma forma estejam vinculadas à Administração.

III. O dever da Administração Pública de apurar irregularidades não está adstrito apenas à perda do cargo ocupado pelo servidor, mas poderá ainda ensejar reparação civil ou até remessa do relatório ao Ministério Público para eventual propositura de ação penal.

IV. “O simples fato de o indiciado em processo administrativo disciplinar não mais ostentar a condição de servidor público, por já ter sido anteriormente exonerado, não implica o cessamento da apuração de irregularidades por ele praticadas quando do exercício de suas funções relativas ao cargo ocupado”. (MS 13.916/DF, rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 08/02/2012, DJe 23/02/2012.)

V. Apelação improvida.

(Numeração única: 0004998-30.2006.4.01.3300, AC 2006.33.00.005000-9/BA, rel. Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado), unânime, e-DJF1 de 22/07/2016, p. 3.852)

Administrativo. Dispensa de função comissionada no gozo de licença-maternidade. Estabilidade provisória. Proteção à maternidade. Apelação e remessa oficial improvidas.

I. Cinge-se a controvérsia ao direito ou não da impetrante em receber os efeitos financeiros da função comissionada (cargo de confiança) após a exoneração *ad nutum*, durante o período da licença-maternidade.

II. Dentre os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1998, o legislador houve por bem incluir o direito social de proteção à maternidade (art. 6º, *caput*, da CF/1988). A excepcionalidade da tutela constitucional conferida à maternidade, particularmente à gestante, está evidenciada na vedação à despedida arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, *b*, do ADCT CF/1988) e na licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias (art. 7º, XVIII, da CF/1988).

III. Embora não se afaste o caráter precário do exercício de função comissionada, a servidora pública gestante, nos casos de dispensa do cargo em comissão ou função comissionada, tem direito à compensação financeira referente ao valor da função ocupada. Precedentes do STJ e do STF.

IV. Apelação e remessa oficial improvidas.

(Numeração única: 0014271-53.2008.4.01.3400, Apelação/Reexame Necessário 2008.34.00.014337-9/DF, rel. Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca (convocado), unânime, *e-DJF1* de 22/07/2016, p. 3.861)

Terceira Turma

Constitucional e Administrativo. Ação de improbidade administrativa. Arts. 10, VIII e XII, e 11 da Lei 8.429/1992. Inexistência de atos que configurem dano ao Erário ou que atentem contra os princípios da Administração Pública. Inexistência de prova de dolo ou culpa e de má-fé do agente. Parecer do procurador-geral do município. Ausência de responsabilização do parecerista. Apelação improvida.

I. O ajuizamento da presente ação de improbidade administrativa, em 18/04/2011, fulcrou-se no Acórdão 450/2000 - TCU - 2ª Câmara — que julgou irregulares as contas do réu, ex-prefeito de Várzea Grande/MT, quanto à aplicação dos recursos repassados, ao município pelo Ministério do Bem-Estar Social, pelas Portarias/GM 939/1993 e 1.194/1993, nos valores de CR\$ 35.859.639,00 (trinta e cinco milhões, oitocentos e cinquenta e nove mil e seiscentos e trinta e nove cruzeiros reais) e CR\$ 12.363.047,00 (doze milhões, trezentos e sessenta e três mil, quarenta e sete cruzeiros reais), destinados à canalização e retificação dos córregos Aeroporto e Tia Lucimar, respectivamente, em Várzea Grande/MT, imputando-lhe tais débitos e aplicando-lhe multa de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) —, bem assim no relatório de auditoria do TCU, elaborado no período de 25/08/1994 a 31/08/1994, relativamente a obras do Município de Várzea Grande MT, apontando: a) irregularidades na aplicação de recursos (auxílios) repassados ao aludido município pelo Ministério do Bem-Estar Social, pela Portaria/GM 939, de 11/10/1993, para a execução da canalização e retificação do córrego Aeroporto, e pela Portaria/GM 1.194, de 24/11/1993, para a canalização e retificação do córrego Tia Lucimar; b) irregularidades na aplicação dos recursos repassados ao Município de Várzea Grande/MT pelo Ministério da Integração Regional, para saneamento ambiental de áreas urbanas do referido município, através do Convênio 414/1992, de vez que, efetuada a Licitação 1/1993, o pagamento dos recursos à licitante vencedora — Coesa Engenharia Comércio Ltda. — foi efetuado em uma única parcela, no valor de CR\$ 507.319.699,07 (quinhentos e sete milhões, trezentos e dezenove mil, seiscentos e noventa e nove cruzeiros e sete centavos), logo após a assinatura do contrato, conforme sua cláusula 4ª, além de que o recebimento definitivo da obra não foi assinado pelos contratantes; c) outras irregularidades, apontadas na inicial, das quais, julgada improcedente a ação, o recurso do MPF não cuida.

II. Entretanto, no Acórdão 397/2002 - TCU - 2ª Câmara, proferido em 29/08/2002 — após o ajuizamento da presente ação, em 18/04/2011 —, o TCU, à luz das prestações de contas que, posteriormente, vieram aos autos, considerou, quanto aos recursos (auxílios) relativos às Portarias/GM 939/1993 — destinados à canalização e retificação do córrego Aeroporto — e 1.194/1993 — relativos à canalização e retificação do córrego Tia Lucimar —, que foram eles regularmente aplicados em obras necessárias, que não houve dano ao Erário, desvio de finalidade dos recursos ou negligência do réu, ex-prefeito, na gestão dos referidos recursos, e, quanto às apontadas irregularidades na execução do Convênio 414/1992, entendeu terem elas índole eminentemente formal. Assim, o TCU, no aludido Acórdão 397/2002, concluiu por dar provimento ao recurso de reconsideração do réu Nereu Botelho de Campos,

tornou insubsistente o anterior Acórdão 450/2000 - TCU - 2ª Câmara — que julgara irregulares as contas do réu Nereu Botelho de Campos — e julgou regulares as contas do aludido réu, com ressalva, devido à ocorrência de irregularidades formais, que não comprometeram a aplicação dos recursos ou representaram dano ao Erário ou desvio de finalidade na sua aplicação.

III. Conquanto os julgados do TCU não vinculem o Judiciário, observa-se que, *in casu*, o Acórdão 397/2002 foi proferido após detida análise de todos os elementos dos autos, inclusive das prestações de contas apresentadas pelo ex-prefeito, ora réu, concluindo, após manifestação favorável do Ministério Público, junto à Corte de Contas, pela inexistência de dano ao Erário e pela regularidade da aplicação dos recursos federais repassados, ao Município de Várzea Grande/MT, pelas Portarias/GM 939/1993 e 1.194/1993 e pelo Convênio 414/1992.

IV. O MPF, ao contrário, não logrou comprovar, nos presentes autos, as alegações da inicial, inclusive a existência de dano ao Erário, mesmo porque desistiu da produção de prova pericial para tal fim.

V. A subrogação parcial do Contrato 8/1992, apesar de não prevista no Edital 2/1992 ou na avença, era permitida, com anuência da Administração, pela legislação então vigente, ou seja, pelo art. 62 do Decreto-lei 2.300/1986, que dispunha que “o contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração”. *In casu*, a subrogação parcial do contrato fez-se com a anuência expressa da Administração, sendo, portanto, legítima.

VI. Conforme destacado pelo TCU, no Acórdão 397/2001 - TCU - 2ª Câmara, as irregularidades e falhas perpetradas na execução do Convênio 414/1992 têm índole meramente formal, já que inexistiu dano ao Erário, a obra foi efetivamente entregue e a ilegalidade não foi permeada por dolo ou má-fé, imprescindível para a caracterização do ato ilegal e ímprobo, com fundamento no art. 11 da Lei 8.429/1992, que tipifica a improbidade atentatória aos princípios da Administração Pública.

VII. O art. 11 da Lei 8.429/1992 diz respeito a atos que atentem contra os princípios da Administração Pública. A exegese dessa norma exige ponderação, em razão de sua amplitude, devendo, por essa razão, ao ser interpretada, sofrer a devida adequação, a fim de que meras irregularidades não sejam consideradas atos ímprobos e sofram as consequências severas da lei.

VIII. “Os equívocos que não comprometem a moralidade, ou que não atinjam o erário, não se enquadram no raio de abrangência do art. 11, caso contrário restaria para o administrador público o risco constante de que qualquer ato que viesse a ser considerado nulo seria ímprobo, e não é esta a finalidade da lei, cujo objetivo é combater o desperdício dos recursos públicos e a corrupção.” (TRF 1ª Região, AC 2007.35.00.003119-9/GO, rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª Turma, unânime, e-DJF1 de 29/04/2011, p. 130.)

IX. O ato ímprobo, mais do que um ato ilegal, é um ato de desonestidade do servidor ou agente público para com Administração, e, portanto, não prescinde de dolo ou culpa grave, evidenciadora de má-fé, para que se possa configurar. Assim, a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. O ato de improbidade é um ato ilegal, mas nem todos os atos ilegais são atos de improbidade.

X. A ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública pela má-fé do servidor. Se assim não fosse, qualquer irregularidade praticada por um agente público poderia ser enquadrada como improbidade, por violação do princípio da legalidade, sujeitando-o às pesadas sanções da respectiva lei, o que, por certo, tornaria inviável a própria atividade administrativa, pois o erro é da essência do ser humano e simples erro não pode ser havido como ato de desonestidade para com o Estado.

XI. Quanto à pretensão de condenação dos réus, com fundamento no art. 10 da Lei 8.429/1992, improcede ela, seja pela não ocorrência de lesão ao Erário — como resta evidente do Acórdão 397/2002 - TCU - 2ª Câmara —, seja pela inexistência de prova de dolo, culpa e má-fé, elemento subjetivo que o art. 10 da Lei 8.429/1992 exige, para a configuração do ato ímprobo.

XII. Ademais, não restou provado que um dos réus, ex-procurador-geral do município, tenha agido de má-fé ao elaborar parecer jurídico que deu respaldo à subrogação parcial do contrato, de resto legítima.

XIII. Apelação improvida.

(Numeração única: 0003810-48.2001.4.01.3600. Apelação Cível 2001.36.00.003810-1/MT, rel. Des. Federal Assusete Magalhães, unânime, e-DJF1 de 27/04/2012, p. 1.017)

Penal. Processo Penal. Apelação. Tráfico transnacional de drogas. Medicamentos. Convenção de Viena. Competência. Justiça Federal. Femproporex. Substância causadora de dependência física e psíquica. Lei 11.343/2006. Aplicação.

I. A Justiça Federal é competente para processar e julgar ações penais que versem sobre tráfico transnacional de droga.

II. O fato de o Brasil ser signatário da Convenção de Viena sobre drogas não retira, a princípio, a competência da Justiça Federal para julgar o tráfico de medicamentos contendo substâncias proibidas, sob a justificativa de que, de acordo com o art. 109, V, da Constituição Federal, cabe aos juízes federais processar e julgar os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro.

III. O Supremo Tribunal Federal entende que, para configuração da majorante da transnacionalidade prevista no art. 40, I, da Lei 11.343/2006, basta que existam elementos concretos aptos a demonstrar que o agente pretendia disseminar a droga no exterior, sendo dispensável ultrapassar as fronteiras que dividem as nações (*HC 108716/SP - rel. Ministro Teori Zavascki*).

IV. A Lei 11.343/2006 é aplicável à hipótese em que a droga apreendida se enquadra no conceito de capaz de causar dependência física e psíquica, como é o caso do Femproporex.

V. Apelação não provida.

(Numeração única: 0002794-18.2009.4.01.3814, AC 2009.38.14.002975-3/MG, rel. Juíza Federal Maria Lúcia Gomes de Souza (convocada), unânime, e-DJF1 de 1º/07/2016, p. 3.575)

Processo Penal. Apelação. Tribunal do Júri Federal. Homicídio simples. Réu policial rodoviário federal. Legítima defesa e inexigibilidade de conduta diversa. Absolvição contrária à prova dos autos. Anulação da sessão de julgamento. Novo julgamento.

I. Descabe ao Tribunal de segundo grau reformar sentença absolutória prolatada pelo Conselho de Sentença, ante a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri.

II. Quando a prova dos autos é manifestamente contrária à sentença absolutória prolatada pelo Conselho de Jurados, cabe, em apelação, anular a sessão de julgamento e determinar a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

III. As teses de legítima defesa e inexigibilidade de conduta diversa, sustentadas em Plenário pela defesa, afiguram-se sem qualquer respaldo nos autos, sobretudo diante das provas testemunhais e documentais que demonstram, sem qualquer dúvida, que o réu, na qualidade de policial rodoviário federal, atirou na vítima pelas costas com a intenção de atingi-la, sem que esta tenha provocado injusta agressão, atual ou iminente, à vida ou integridade física dos policiais que estavam no local da *blitz*.

IV. Apelação provida.

(Numeração única: 0009266-35.2003.4.01.3300, AC 2003.33.00.009248-5/BA, rel. Juíza Federal Maria Lúcia Gomes de Souza (convocada), unânime, e-DJF1 de 1º/07/2016, p. 546)

Penal. Processual Penal. Crimes contra a ordem tributária, o Sistema Financeiro Nacional, a economia popular e de lavagem de capitais. Pedido de desbloqueio de bens. Índícios razoáveis da proveniência ilícita e de prejuízos à Fazenda Pública. Pena de perdimento.

I. A restituição de coisas apreendidas, antes do trânsito em julgado da sentença penal, condiciona-se à demonstração cabal da propriedade dos bens pelo requerente (art. 120, *caput*, do Código de Processo Penal), ao desinteresse processual na manutenção da apreensão (art. 118 do Código de Processo Penal) e a não classificação dos bens apreendidos nas hipóteses elencadas no art. 91, inciso II, do Código Penal, requisitos que devem ser analisados cumulativamente.

II. Na hipótese, existem evidências razoáveis da proveniência ilícita dos bens, já que os elementos probatórios dos autos demonstram a possível prática pelos requerentes de crimes que resultam em prejuízo à Fazenda Pública, além de delitos contra o sistema financeiro nacional e a economia popular. Também há indícios de lavagem de capitais.

III. A prática, em tese, dos crimes está relacionada com a concessão de empréstimos a juros sem a indispensável autorização do Banco Central do Brasil, por meio de empresa de *factoring*, que exigia das vítimas a prestação de garantias abusivas, e cuja movimentação financeira extrapola, em muito, aquela declarada ao Fisco. Considerando que os requerentes não lograram demonstrar, suficientemente, a desvinculação dos bens com os fatos delituosos, a constrição deve ser mantida.

IV. Apelação criminal não provida.

(Apelação Criminal 0014547-31.2015.4.01.3500/GO, rel. Juíza Federal Maria Lúcia Gomes de Souza (convocada), unânime, e-DJF1 de 1º/07/2016, p. 674)

Penal. Apelação criminal. Art.168-A do Código Penal. Apropriação indébita previdenciária. Hospital beneficente. Dificuldades financeiras. Boa-fé. Ausência de indícios de má administração, apropriação dos recursos ou descumprimento do estatuto social. Absolvição. Recurso do réu provido.

I. A jurisprudência de nossos Tribunais Superiores admite o acolhimento da tese de inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, quando, apesar de o comportamento do agente amoldar-se à figura prevista no tipo penal, o acusado não é culpável à medida que não lhe era exigível portar-se de maneira diversa nas circunstâncias do caso.

II. Caso em que o hospital administrado pelo réu, conforme o estatuto social, tinha por finalidade a caridade cristã, de fins filantrópicos e beneficentes, sem fins lucrativos, cujos presidente e diretores não eram remunerados, sendo que as provas colhidas na fase judicial comprovam, de forma inequívoca, a alegação acerca da grave situação econômica inevitável que motivou a falta de repasse à Previdência Social das contribuições descontadas dos salários dos empregados, bem como do encerramento de suas atividades por tal razão.

III. Réu que, entre parar de atender os doentes e deixar seus funcionários sem os proventos necessários à manutenção de suas famílias ou recolher as contribuições previdenciárias devidas, optou pela primeira hipótese, merecendo, assim, ser reconhecida a inexigibilidade de conduta diversa, excluindo-se a culpabilidade, diante de sua boa-fé. Resta patente o fato de que não se poderia exigir conduta diversa da pessoa que age nessas circunstâncias excepcionais.

IV. Com a alteração do art. 386, VI, do Código de Processo Penal introduzida pela Lei 11.690/2008, eventual dúvida acerca da excludente de culpabilidade resolve-se em benefício do réu.

V. Recurso do réu provido, prejudicado o da acusação.

(Numeração única: 0031056-93.2004.4.01.3800, Apelação Criminal 2004.38.00.031227-7/MG, rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, unânime, e-DJF1, de 07/07/2016, p. 360)

Penal. Processual Penal. Apelação criminal. Crime contra a honra de juiz do trabalho. Calúnia. Art. 138 c/c art. 141, II, do Código Penal. Representação. Testemunhas de defesa e acusação. Nulidade. Advogado. Imunidade profissional. Não alcançado pelo crime de calúnia. Advocacia administrativa. Não configuração. Atipicidade material. Intenção dolosa. Inexistência. Recurso provido.

I. Nos crimes contra a honra a representação prescinde de qualquer formalidade ou que seja feita por advogado constituído. A lei exige tão somente a manifestação da vontade do ofendido.

II. O Código de Processo Penal acolheu o princípio *pas de nullité sans grief*, do qual se conclui que somente há de ser declarada a nulidade quando resultar prejuízo devidamente demonstrado pela parte interessada. Assim, o

fato de as testemunhas da acusação serem também de defesa não nulifica a instrução criminal. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial (CPP, art. 155).

III. O art. 141 e seus incisos do Código Penal, fazem parte das *Disposições Comuns* dos crimes contra a honra, sendo de aplicação obrigatória quando da condenação e dosimetria da pena, além de fazer parte do pedido de condenação na exordial acusatória.

IV. A imunidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da advocacia é relativa (CF/1988, art. 133) e não alcança os crimes de calúnia.

V. No crime de calúnia (CP, art. 138), o sujeito atribui ao ofendido a prática de fato definido como crime e exige, para sua configuração, a intenção de ferir a honra alheia (*animus caluniandi*), sendo que a mera intenção de narrar (*animus narrandi*), de defender (*animus defendendi*) ou de criticar (*animus criticandi*) exclui o elemento subjetivo do tipo.

VI. O crime de advocacia administrativa (CP, art. 321) configura a conduta de patrocinar, proteger, beneficiar ou defender interesse privado em confronto com o interesse da Administração Pública, o que não restou caracterizado na expressão destacada do recurso ordinário.

VII. Recurso de apelação provido para absolver o réu da prática do crime previsto no art. 138 c/c o art. 141, II, do Código Penal.

(Numeração única: 0000751-62.2009.4.01.3700, Apelação Criminal 2009.37.00.000760-6/MA, rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 07/07/2016, p. 377)

Quarta Turma

Processual Civil e Administrativo. Improbidade administrativa. Deputado federal. Assessores parlamentares comissionados. Repasse de remuneração ao parlamentar. Demonstração insuficiente. Recursos privados. Ausência de prejuízo ao Erário. Prova oral produzida em inquérito policial. Falta de reconstrução em juízo. Ineficácia probatória. Violação a princípios administrativos. Insuficiência de prova. Provimento das apelações dos requeridos. Apelação do Ministério Público Federal. Prejudicialidade.

I. Os apelantes foram condenados por atos de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992), consistentes na (suposta) malversação de verbas públicas federais, por meio de fraudes no exercício do cargo de deputado federal, pelas quais teria o primeiro exigido para si parte da remuneração percebida por servidores comissionados do seu gabinete, causando prejuízos ao Erário e violando princípios constitucionais da Administração Pública, ao se apropriar do repasse dos salários recebidos pelos funcionários.

II. Os assessores do deputado, no seu gabinete em Brasília e na sua base eleitoral, foram nomeados legalmente para o efetivo exercício das respectivas funções. Não há indicação em contrário ou sequer alegação nesse sentido; ou de que não passassem de títeres ou *laranjas* do deputado, admitidos apenas para a finalidade de desviar verbas públicas em proveito do parlamentar.

III. Suas remunerações constituem estipêndios legítimos, não se podendo falar em uso indevido dos recursos públicos no pagamento dos seus salários. Os respectivos vencimentos, uma vez creditados em suas contas bancárias, constituem recursos privados, à livre disposição dos seus titulares.

IV. O eventual retorno de valores à conta do parlamentar, imediata ou posteriormente, e a qualquer título — esse é o eixo da imputação da petição inicial —, não tem natureza nem aproximação com desvio ou apropriação indevida de recursos públicos, não cabendo falar em improbidade administrativa pelas matrizes técnicas dos arts. 9º, I, e 10 da Lei 8.429/1992.

V. O bem jurídico tutelado pela lei de improbidade administrativa é o patrimônio público, não se aplicando a sua regência quando a ofensa se dá em relação a bens particulares (STJ, REsp.1.558.038-PE, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, julgado em 27/10/2015).

VI. A mais disso, não existe demonstração aceitável (valores e periodicidade), sequer com base no inquérito, de que, ao longo dos seus vínculos funcionais, tivessem os assessores parlamentares repassado com regularidade parte dos salários ao parlamentar, como afirmam a inicial e a sentença.

VII. Não houve (além disso) praticamente produção ou mesmo a reconstrução da prova oral pré-processual em juízo, como se infere da simples leitura do relatório da sentença. Considerando como comprovadas as imputações, em relação a cada um dos requeridos (o parlamentar e os servidores), o julgado arrimou-se basicamente no compartilhamento de provas existentes nos autos do IPL 2005-2/140, recebido do STF; e em peça de análise dos fatos a cargo da Assessoria de Análise e Pesquisa da PGR — ASSPA/PGR, referente ao período de janeiro/2000 a dezembro/2001.

VIII. A prova oral é produzida em juízo, mediante amplo contraditório e, no caso das testemunhas, sob o compromisso. Se os testemunhos vêm prontos ao processo, a partir de inquérito policial, de produção unilateral, pelo sistema inquisitório, há a necessidade de confirmação instrutória, sob pena de perda da eficácia probante (AIAD 2005.32.00.003817-0/AM, Des. Federal Hilton Queiroz (Juiz Federal Ney Bello, convocado), 4ª Turma, *e-DJF1* de 18/11/2008; e AC 0035126-68.1999.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Ney Bello — Relator Juiz Federal Pablo Zuniga Dourado, convocado, 3ª Turma, *e-DJF1* de 15/08/2014).

IX. É imprescindível a reconstrução judicial dessa prova, ou mesmo a sua confirmação por outros elementos. Quando colhidos, os depoimentos não foram submetidos ao contraditório e à ampla defesa, mesmo porque ali (no inquérito policial) as pessoas eram apenas investigadas; não oficial e formalmente acusadas de atos de improbidade. Não prevalece (também), por insuficiência de provas, a eventual imputação (remanescente) em face do art. 11 da Lei 8.429/1992: improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública.

X. Provimento da apelação dos requeridos. Prejudicada a apelação do Ministério Público Federal.

(Numeração única: 0004121-02.2006.4.01.3200, AC 2006.32.00.004145-3/AM, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, *e-DJF1* de 14/06/2016, p. 605)

Habeas corpus. Pacientes intimadas para prestar depoimento em ação penal na qual figuram filho, neto e cônjuge. Exercício do direito de recusa. Recusa afastada pelo juízo. Não demonstração da ocorrência da hipótese legal. Concessão da ordem.

I. *Habeas corpus* impetrado em favor de Cleonice Aparecida Andrade Silva Flores (Cleonice), Rita da Cruz Flores (Rita) e Miriam Silva Flores (Miriam) [em conjunto: pacientes], as quais foram intimadas pelo juízo para prestar depoimento, na condição de testemunhas, em ação penal na qual figuram como réus Paulo Jones da Cruz Flores (Paulo Jones), Leandro Jones Cruz de Carvalho Flores (Leandro) e Paulo da Mota Flores (Paulo Mota). Cleonice é esposa de Paulo Jones; Rita é mãe de Paulo Jones, avó de Leandro e ex-mulher de Paulo Mota; Miriam é esposa de Leandro e sobrinha de Paulo Jones.

II. Impetrante sustenta, em suma, que as pacientes foram arroladas como testemunhas pelo Ministério Público Federal (MPF) na ação penal acima referida; que em fevereiro de 2016, as pacientes foram intimadas a comparecer à audiência de instrução e julgamento no dia 08/04/2016; que, em 28/03/2016, as pacientes requereram ao juízo a dispensa de seus depoimentos nos termos da faculdade prevista no art. 206 do CPP; que, em 30/03/2016, o juízo indeferiu o pedido, e advertiu as pacientes de que a ausência ao ato poderia implicar a condução coercitiva delas; que o disposto no art. 206 do CPP “constitui uma proteção para aquelas pessoas que, em razão do parentesco, laços afetivos e proximidade, não sejam obrigadas a depor”; que “é uma proteção ao próprio núcleo familiar”; que, assim, o afastamento do direito de recusa “deve ser efetivamente fundamentado, estribado em fatos concretos contidos nos autos, deve ser demonstrada a real e efetiva necessidade da oitiva das testemunhas elencadas” no art. 206 do CPP; que, na espécie, existem inúmeros outros elementos de convicção para fazer a prova das imputações contidas na denúncia, tais como prova pericial, interceptação telefônica e telemática, documentos apreendidos e prova testemunhal; que, assim, “os testemunhos das pacientes – que [nem] sequer têm o dever de prestar o compromisso – não [são] nem de longe o único meio que tem o *parquet* para integrar suposta prova dos fatos narrados na inicial”;

que, na fundamentação de seu ato, o juízo limitou-se à transcrição do texto legal (CPP, art. 206), o que não atende à necessidade de motivação prevista no art. 93, IX, da CF; que o juízo “não apontou um único fato concreto extraído dos autos capaz de demonstrar que os testemunhos das pacientes – repita-se que sequer têm o dever de prestar o compromisso de dizer a verdade –, sejam o único meio de integrar suposta prova dos autos”. Requer a concessão da ordem para afastar a determinação de comparecimento, sob pena de condução coercitiva.

III. Pedido de liminar deferido para suspender a determinação de comparecimento das pacientes à audiência. Parecer da PRR1 pela denegação da ordem.

IV. A primeira parte do art. 206 do CPP dispõe que “[a] testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor.” Essa determinação é temperada pela segunda parte, a qual ressalva que, “[p]oderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.” Aqui, as pacientes Cleonice, Rita e Miriam manifestaram, por escrito, sua recusa. Nos termos da lei, a testemunha que se recusa, e que, de plano, se enquadra na hipótese legal, ou seja, “o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado”, não precisa expressar nada mais além dessa recusa. Exercido o direito de recusa pela testemunha, cabe à parte que pretende ouvi-la, ou ao juízo, *sua sponte*, demonstrar que não é “possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.”

V. Hipótese em que o juízo sustentou que não é “possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias” (CPP, art. 206, segunda parte, *in fine*), “dada a complexidade dos fatos em apuração”. Nas informações, o juízo voltou a ressaltar que “[o]s fatos em apuração [...] ostentam complexidade suficiente a ponto de não se poder abdicar de qualquer fonte de prova, o que inclui a oitiva de parentes dos réus.” O juízo, nas informações, e a PRR1, no seu parecer, ressaltaram, ainda, a gravidade dos fatos em apuração, envolvendo organização criminosa dedicada ao tráfico transnacional de drogas e à lavagem de dinheiro.

VI. Esta Corte, apreciando espécie de fato na qual a mãe de indiciado pela prática do crime de trabalho escravo (CP, art. 149) fora intimada para depor, sob pena de condução coercitiva, deferiu a ordem, porque, na hipótese, havia “possibilidade de investigação por outros meios.” (TRF 1ª Região, REOCR 0033371-38.2010.4.01.0000/MG.) Na espécie, e, embora o juízo tenha aludido à “complexidade dos fatos em apuração”, bem como à gravidade das acusações, deixou de explicar, *data venia*, porque não era “possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.” CPP, art. 206, segunda parte, *in fine*. Essa explicitação é necessária, porquanto a complexidade e a gravidade dos fatos em apuração não constituem critérios legais para a afirmação ou a negativa da recusa formulada pela testemunha. O critério legal consiste na possibilidade, ou não, de, “por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.” No ponto, correta a argumentação do impetrante no sentido de que, na espécie, existem inúmeros outros elementos de convicção para fazer a prova das imputações contidas na denúncia, tais como prova pericial, interceptação telefônica e telemática, documentos apreendidos em busca e apreensão, documentos obtidos em quebra de sigilo bancário, e prova testemunhal. Por isso, correta a asserção do impetrante no sentido de que “os testemunhos das pacientes – [as quais nem] sequer têm o dever de prestar o compromisso – não [são] nem de longe o único meio que tem o *parquet* para integrar suposta prova dos fatos narrados na inicial.” O juízo, por sua vez, não explicou a razão pela qual, diante da pletora de outras provas, o depoimento das pacientes era o único modo de “obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.” CPP, art. 206, segunda parte, *in fine*. Ao contrário, ao transcrever parte da decisão pela qual foi decretada a prisão preventiva dos membros da Família Flores e de outros investigados, o juízo deixou evidenciada a existência, nos autos, de elementos probatórios das mais diversas fontes, o que abala a conclusão de que os depoimentos das pacientes seria o único modo de “obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.”

VII. Ordem de *habeas corpus* concedida.

(*Habeas Corpus* 0017580-19.2016.4.01.0000/MT, rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves, unânime, e-DJF1 de 30/06/2016, p. 779)

Processual Penal. Habeas corpus. Juiz e advogado. Atrito. Peticionamento. Proibição. Impossibilidade.

I. É incabível a concessão de ordem de *habeas corpus* objetivando proibir o magistrado de oficiar ao Ministério Público para abertura de eventual ação penal contra o paciente, bem como com a finalidade de proibir o juiz de realizar comunicação à OAB/PA sobre fato que, em tese, possa caracterizar infração disciplinar cometida pelo advogado.

II. Os magistrados podem oficiar ao Ministério Público e/ou à OAB e os advogados podem fazê-lo à Corregedoria e ao Conselho Nacional de Justiça, faculdade que decorre do direito de petição garantido na Constituição (art. 5º, inciso XXXIV, *a*).

III. Ordem denegada.

(*Habeas Corpus* 0058773-48.2015.4.01.0000/PA, rel. Juiz Federal Henrique Gouveia da Cunha, unânime, *e-DJF1* de 30/06/2016, p. 768)

Administrativo. Improbidade administrativa. Vereador. Aplicabilidade da Lei 8.429/1992 aos agentes políticos. Reforma da sentença.

I. A diretriz do STF, a respeito da inaplicabilidade da Lei 8.429/1992 aos agentes políticos, firmada nos autos da Reclamação 2.138-6/DF, aplica-se, tão somente, ao caso debatido naqueles autos — em que ministro de Estado figurava como réu —, uma vez que a decisão não foi proferida em controle abstrato de constitucionalidade, não possuindo, assim, efeito vinculante ou eficácia *erga omnes*. Não existe foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa envolvendo prefeitos.

II. Apelação provida. Retorno dos autos ao primeiro grau.

(Apelação Cível 0004428-95.2012.4.01.3603/MT, rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado), unânime, *e-DJF1* de 05/07/2016, p. 1.389)

Penal. Processo Penal. Falsidade ideológica. Crimes contra a ordem tributária. Suposto esquema fraudulento para aquisição de produtos utilizados em cirurgias cardíacas realizadas com verbas do SUS. Ausência de inequívoca comprovação de participação dos médicos integrantes da única equipe que realizava cirurgias cardiovasculares pelo SUS. Absolvição mantida. Falsidade ideológica. Crimes contra a ordem tributária. Prescrição. Recursos dos réus prejudicados. Apelação do MPF desprovida.

I. Não merece ajustes a sentença no seu capítulo absolutório. As razões recursais do MPF, compreensíveis e naturais na dialética processual penal, na tentativa de reverter a absolvição dos médicos, então integrantes da única equipe que realizava cirurgias cardiovasculares em Uberlândia pelo Sistema Único de Saúde, não têm aptidão para desautorizar os fundamentos da sentença, que, de forma persuasiva, deu pela improcedência da ação penal, rejeitando a imputação.

II. A condenação penal deve ter arrimo em prova inequívoca ou, pelo menos razoável, da materialidade e da autoria do delito, sem falar que, na dialética processual penal, o ônus de prova incumbe a quem alega (art. 156 – CPP). Indícios (provas leves) e/ou suposições, sem espeque na prova, ou provas orais não jurisdicionalizadas, não têm aptidão para dar base a uma condenação criminal. Além de outras hipóteses, de estrita legalidade, que justificam a absolvição (art. 386, I a VI – CPP), a lei a autoriza quando “não existir prova suficiente para a condenação” (art. 386, VII – *idem*).

III. Declaração de extinção da punibilidade dos acusados Odair Luiz de Paula, Rosiney Nazareth de Oliveira, Ronilson Antônio Nogueira, Adriana Barbosa e Nerya Neri Perfeito, quanto aos delitos previstos no art. 2º, I, da Lei 8.137/1990, e 299 do Código Penal.

IV. Apelação do MPF desprovida. Apelações dos acusados prejudicadas, por falta de objeto.

(Numeração única: 0008851-22.2008.4.01.3803, Apelação Criminal 2008.38.03.008982-3/MG, rel. Desembargador Federal Olindo Menezes, unânime, *e-DJF1* de 14/07/2016, p. 125)

Civil e Processual Civil. Propriedade resolúvel. Hipoteca. Reversão do domínio. Implemento de condição resolutiva. Extinção da hipoteca. Desprovemento do agravo de instrumento.

I. A agravada (Codevasf) ajuizou ação de reversão de domínio contra adquirentes de lotes rurais (projeto de irrigação Mirorós), dado o implemento da cláusula contratual resolutiva pela qual o imóvel reverteria à empresa pública se não fosse explorado. A resolução da propriedade implica a extinção da hipoteca (art. 1.499, III – Código Civil).

II. “Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha.” (art. 1.359 – Código Civil).

III. A autorização, no contrato de compra e venda, para o comprador contratar empréstimos oferecendo o imóvel como garantia, não vincula a vendedora em eventuais direitos reais de garantia contratados, tanto mais que tal permissão seria até mesmo dispensável, já que o proprietário resolúvel, afora a limitação temporal do domínio, é proprietário para todos os efeitos legais.

IV. Agravo de instrumento desprovido.

(Agravo de Instrumento 0014007-07.2015.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, e-DJF1 de 19/07/2016, p. 691)

Quinta Turma

Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Regularização fundiária de terras ocupadas por comunidades de remanescentes de quilombos. Implementação de políticas públicas. Omissão do Poder Público. Ocorrência. Controle jurisdicional. Possibilidade. Agravo Retido. Ausência de ratificação. Não conhecimento. Preliminares. Questões de ordem pública. Rejeição.

I. Nos termos do art. 523, § 1º, do CPC, não se conhece de agravo retido se a parte não requerer, expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal, como no caso, visando rever as condições objetivas da ação. Agravo retido não conhecido.

II. A todo modo, por se tratar de questões de ordem pública, que não se submetem ao fenômeno preclusivo, entendo que merecem mesmo ser rejeitadas as preliminares de ilegitimidade passiva da União, porquanto a legitimidade decorre do fato: a) de que, no processo de reconhecimento das comunidades quilombolas, há efetiva atuação de órgãos da Administração Federal; b) de que a norma que reconhece a propriedade (aquisição originária) é de nível constitucional, editada pela União, e por essa razão participa da relação jurídica de direito material, independentemente da existência de entidade pública autônoma sobre a qual recaia o dever de realizar o comando normativo; de ausência de interesse de agir e ilegitimidade ativa *ad causam*, uma vez que o Ministério Público Federal possui legitimidade para propor ação civil pública visando o reconhecimento de comunidades quilombolas inseridas nos rincões deste País e, de consequência, a demarcação e titulação das terras tradicionalmente por elas ocupadas.

III. A orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito de nossos tribunais é no sentido de que se afigura legítima a atuação do Poder Judiciário, visando suprir eventual omissão do Poder Público, na implementação de políticas públicas, mormente em se tratando do exercício de garantia constitucional, como no caso, em que se busca dar eficácia ao direito de propriedade das terras ocupadas por comunidades de quilombolas.

IV. As comunidades de remanescentes de quilombos, por força do Texto Constitucional, constituem patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, incisos I, II, e respectivos §§ 1º e 5º), sendo-lhes assegurada, ainda, a propriedade das terras tradicionalmente ocupadas, nos termos do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, impondo-se ao Poder Público a adoção das medidas necessárias à efetividade dessa garantia constitucional.

V. Na hipótese em comento, a omissão do Poder Público, cristalizada pela inércia do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra quanto à prática dos atos administrativos necessários à efetiva conclusão do procedimento administrativo instaurado com a finalidade de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pela comunidade de quilombolas descrita nos autos, afronta o exercício pleno desse direito, bem assim, a garantia fundamental da razoável duração do processo, com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, no âmbito judicial e administrativo (CF, art. 5º, inciso LXXVIII), a autorizar a estipulação de prazo razoável para a conclusão do aludido procedimento.

VI. Agravo retido não conhecido. Apelação provida. Sentença reformada, para julgar-se procedente o pedido formulado na petição inicial, compelindo-se as promovidas, no raio de suas respectivas competências (Decreto 4.887/2003, arts. 3º, 4º e 5º), a concluírem, no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, a contar da intimação desta decisão, o procedimento administrativo de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pela comunidade de remanescentes do quilombo descrita nos autos, sob pena de multa coercitiva, no montante de R\$ 1.000,00 (mil reais), por dia de atraso no cumprimento do provimento mandamental em tela (CPC, art. 461, § 5º).

(Numeração única: 0015800-89.2009.4.01.4300, Apelação Cível 2009.43.00.007543-7/TO, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 26/11/2012. p. 103)

Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Transporte terrestre. Tráfego de veículo de carga em rodovia federal com excesso de peso. Tutela inibitória. Proteção do patrimônio público e de interesses difusos e coletivos dos usuários de rodovias. Antecipação de tutela. Ausência de apreciação pelo juízo a quo. Deferimento em sede recursal. Poder geral de cautela. Possibilidade.

I. Nos termos do art. 273, § 7º, do CPC, o pedido de antecipação de tutela poderá ser examinado em qualquer tempo, sendo que, em se tratando de ação civil pública, como no caso, as medidas de urgência podem ser concedidas até mesmo de ofício, por força do que dispõe o art. 11 da Lei 7.347/1985.

II. No exercício do poder geral de cautela, pode o juiz impor a adoção de “medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”, podendo, inclusive, “para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução” (CPC, arts. 798 e 799), no que se afina com a garantia fundamental insculpida no art. 5º, inciso XXXV, da nossa Carta Magna, na determinação de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

III. No caso concreto, enquanto pendente a discussão judicial acerca da tutela inibitória veiculada em sede de ação civil pública, onde se busca a cessação da flagrante e contumaz recalcitrância da promovida na observância das normas de trânsito alusivas ao tráfego em rodovias federais com excesso de carga, impõe-se a atuação jurisdicional do Estado visando resguardar o seu caráter imperativo e, também, o interesse difuso e coletivo não só de todo o universo de usuários de rodovias em nosso País, mas, primordialmente, para fins de proteção do patrimônio público, do direito à vida, à integridade física, à saúde, à segurança pessoal e patrimonial, à qualidade dos serviços de transporte, à ordem econômica e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, inclusive, mediante a imposição de multa pecuniária, por eventual descumprimento da ordem judicial, e o pagamento de competente indenização por danos materiais e coletivos, a ser apurados durante a instrução processual.

IV. Agravo regimental desprovido. Decisão mantida.

(Agravo Regimental na Apelação Cível 0032109-67.2012.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, maioria, e-DJF1 de 13/11/2013. p. 109)

Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Leis 7.853/1989 e 8.899/1995, Decreto 3.691/2000 e Portaria Interministerial 3/2001. Portadores de necessidades especiais, comprovadamente carentes. Gratuidade de transporte interestadual. Extensão do benefício aos acompanhantes, comprovadamente carentes e indispensáveis à

locomoção do beneficiário. Eficácia plena do direito legalmente assegurado. Possibilidade. Inépcia da inicial, inadequação da via eleita e incompetência do juízo monocrático. Não ocorrência. Preliminar de litisconsórcio passivo. Matéria não examinada no julgado recorrido. Não conhecimento.

I. Em homenagem ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, não se conhece do recurso processual, no ponto em que veicula matéria não examinada no julgado recorrido, como no caso, sob pena de supressão de instância. Preliminar de nulidade do processo, por ausência de citação de litisconsortes passivos, não conhecida.

II. Versando a pretensão sobre a extensão de benefício legalmente assegurado a pessoas portadoras de necessidades especiais, comprovadamente carentes (gratuidade de transporte interestadual), aos seus acompanhantes, também economicamente hipossuficientes, como na espécie, não se enquadra o pleito na hipótese prevista no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, a autorizar o manejo de mandado de injunção. Rejeição das preliminares de inadequação da via eleita e de incompetência do juízo monocrático, sob esse fundamento.

III. No caso concreto, a pretensão deduzida pelo Ministério Público Federal é no sentido de dar-se plena eficácia a um direito disciplinado em norma infraconstitucional, eis que almeja a extensão do benefício do passe livre interestadual, disciplinado na Lei 8.899/1994, também, aos acompanhantes das pessoas portadoras de necessidades especiais, nas situações em que especifica, não carecendo, assim, de certeza e determinação, a caracterizar inépcia da inicial, sob esse fundamento. Preliminar que se rejeita.

IV. A Lei 7.853/1989 estabeleceu diretrizes para implementação de políticas públicas voltadas para assegurar-se o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de necessidades especiais e sua efetiva integração social, sobrevivendo a edição da Lei 8.899/1994, e respectivos regulamentos, franqueando às pessoas portadoras de tais necessidades, comprovadamente carentes, o passe livre no transporte interestadual de passageiros.

V. Em relação aos portadores de necessidades especiais que, para a sua locomoção, dependem da assistência de um acompanhante, assim atestada por competente laudo médico, também comprovadamente carente, a eficácia da norma reclama a extensão daquele benefício legal ao seu acompanhante, sob pena de frustrar-se o pleno exercício do direito legalmente assegurado e, por conseguinte, a finalidade da legislação em referência.

VI. Com vistas no que dispõe o art. 461 e respectivo § 5º do CPC, determina-se que a União Federal, através do Ministério dos Transportes, edite, no prazo de 15 (quinze) dias, *a contar da intimação deste decisum, competente portaria operacional que garanta passe livre, nos transportes interestaduais de passageiros, aos acompanhantes, comprovadamente hipossuficientes financeiros, das pessoas portadoras de necessidades especiais e comprovadamente carentes*, assim contempladas na Portaria Interministerial 3, de 10 de abril de 2001, para eficácia plena deste julgado, sob pena de multa coercitiva no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por dia de atraso no cumprimento desta decisão, sem prejuízo da responsabilidade do agente público infrator, nos termos do art. 14, inciso V e respectivo parágrafo único, do CPC.

VII. Apelação da União Federal e remessa oficial, tida por interposta, desprovidas. Sentença confirmada.

(Apelação Cível 0052380-68.2010.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, *e-DJF1* de 27/02/2014. p. 96)

Constitucional e Processual Civil. Ação civil pública. Programa Farmácia Popular. Portadores de necessidades especiais. Implementação de políticas públicas de inclusão social (dispensação de fraldas geriátricas ou fornecimento a menor custo). Omissão do Poder Público. Controle jurisdicional. Possibilidade.

I. A Lei 7.853/1989 (art. 2º, inciso I, e alíneas) e seu Regulamento (Decreto 3.298/1999) materializaram o direito à inclusão social das pessoas portadoras de necessidades especiais ao sistema público de saúde, visando dar eficácia plena aos comandos da Constituição da República Federativa do Brasil, que garante a todos (direito difuso e fundamental) o acesso à saúde (CF, art. 196), devendo o Estado, em casos que tais, efetivar esse direito sem qualquer discriminação (Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiências, promulgado pelo Decreto 6.949/2009, art. 25), a descaracterizar, na espécie, a aventada impossibilidade jurídica do pedido.

II. Apelação provida. Sentença anulada, com determinação de retorno dos autos ao juízo de origem, para fins de regular instrução e julgamento do feito.

(Apelação Cível 0009520-02.2013.4.01.3803/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, *e-DJF1* de 21/10/2015, p. 450)

Ação de indenização por danos materiais e morais. Responsabilidade civil do Estado por omissão. Responsabilidade objetiva, e não subjetiva. Fiscalização sanitária. Ocorrência de omissão específica na realização de fiscalização sanitária depois de denúncias de irregularidades formulada pela química responsável do Laboratório Enila, fabricante do medicamento celobar. Nexa de causalidade. Dano material não comprovado. Procedência do pedido de indenização pelo dano moral.

I. Apelantes (viúva e filhos de José Pedro Mateus) recorrem da sentença pela qual o Juízo Federal julgou improcedente o pedido de condenação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) ao pagamento de indenização a título de danos materiais e morais. Pedido fundado no falecimento do Sr. Mateus em virtude de envenenamento pelo medicamento celobar suspensão, fabricado pelo Laboratório Enila Indústria e Comércio de Produtos Químicos e Farmacêuticos S/A (Laboratório Enila), o qual estava sujeito à fiscalização da Anvisa.

II. Apelantes sustentam, em suma, que o Laboratório Enila já se encontrava há mais de um ano sem qualquer tipo de fiscalização por parte da Vigilância Sanitária; que o Certificado de Boas Práticas, recebido pelo Laboratório Enila, estava expirado desde o dia 20/03/2003; que desde o início de 2002 o laboratório havia deixado de importar a matéria-prima necessária à fabricação do celobar, o sulfato de bário; que ficou comprovado pela própria Anvisa, em sua tardia visita ao Laboratório Enila, que não havia sulfato de bário suficiente no estoque para a produção do lote adulterado do medicamento celobar; que a Anvisa encontrou, nas dependências do Laboratório Enila, comprovantes da aquisição de veneno contra roedores, denominado carbonato de bário (sem utilização na farmacologia), o qual havia sido usado em substituição à matéria-prima original (sulfato de bário); que, portanto, “qualquer fiscalização naquele laboratório, por mais simples que fosse, conseguiria constatar a ausência de sulfato de bário suficiente para a produção de novos lotes do Medicamento Celobar e as demais irregularidades administrativas ali existentes no setor farmacêutico e de produção”; que, inclusive “o grande estoque de Carbonato de Bário, cerca de 600 kg (seiscentos quilos), com certeza seria de fácil visualização, e por certo, levantaria suspeitas”; “que a própria Apelada reconhece a facilidade com que se descobriu aquela adulteração, tão somente após a visita tardia ao Laboratório Enila, depois da morte de mais de 20 [...] pessoas em diversos Estados brasileiros”; que, no relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Pirataria, os parlamentares constataram que a fiscalização procedida pela Vigilância Sanitária do Rio de Janeiro (Visa/RJ), no Laboratório Enila, não realizou “testes que pudessem identificar contaminantes (os sais solúveis de bário) no produto final”, caracterizando a negligência da fiscalização procedida; que somente após a morte de 21 pessoas que utilizaram o produto celobar, a Anvisa publicou a Resolução – RDC 210/2003, em substituição à Resolução RDC 134/2001, “a fim de efetuar mudanças emergenciais nas regras nacionais de controle da fabricação, do armazenamento e da comercialização de insumos e medicamentos”; que, assim, ficou caracterizada a conduta omissiva, na modalidade negligência, por parte da Anvisa; que a morte do Sr. Mateus provocou perda patrimonial para a família, a qual dependia do seu trabalho, como mecânico de automóveis, na empresa Alves e Moreira Ltda., e de sua aposentadoria, no valor de um salário-mínimo; que, no caso de morte, a indenização consiste, nos termos do art. 948 do Código Civil, sem excluir outras reparações, na prestação de alimentos às pessoas a quem o falecido os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima; que, assim, os apelantes têm direito à fixação de indenização por dano material no valor mensal de R\$ 1.265,00, o qual deverá ser “reajustado sempre e na mesma época em que reajustados os salários da categoria a que pertencia a vítima no último emprego”; que, nos termos do art. 7º, XV, § 1º, da Lei 9.782/1999, constitui “competência exclusiva da Anvisa [...] proibir a fabricação, a distribuição e a comercialização daquele medicamento adulterado”; que, nos termos do art. 8º, § 1º, I, V e X, e § 3º, da Lei 9.782, é expressa “a competência e a obrigação da [...] Anvisa para, de forma eficaz, regulamentar, fiscalizar e controlar todo o processo de produção [do] medicamento celobar, assim como os insumos utilizados para sua fabricação”; que “a Apelada foi negligente ao deixar de cumprir com seu dever legal de fiscalização, pois somente veio a agir de forma

eficaz apenas em fase bastante tardia". Requerem o provimento da apelação para condenar a Anvisa a pagar-lhes indenização por danos materiais e morais.

III. Juntada de documentos pelos apelantes depois da prolação da sentença. Admissibilidade, no caso. "A apresentação de prova documental é admissível inclusive na fase recursal, desde que não caracterizada a má-fé e observado o contraditório. Inteligência dos arts. 397, 462 e 517 do CPC." (STJ, REsp 888.467/SP.) Caso em que foi observado o contraditório e no qual a Anvisa não alegou a existência de má-fé por parte dos apelantes. Pedido de desentranhamento indeferido.

IV. Para a imposição do dever de indenizar, decorrente do art. 37, § 6º, da Constituição Federal (CF), é necessária a existência do nexo de causalidade, em relação direta e imediata, entre o dano e a ação ou a omissão dos agentes públicos. (Código Civil de 2002, art. 403.) Em suma, a teoria do dano direto e imediato "só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva." (STF, RE 130.764/PR.)

V. Responsabilidade civil do Estado por omissão. "A jurisprudência [do STF] firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público." (STF, ARE 868610 AgR.)

VI. Embora a responsabilidade civil do Estado, na modalidade omissiva, também seja objetiva, "[n]as hipóteses de omissão, há de se perquirir a existência de norma determinadora da ação estatal que deixou de ser praticada, resultando no evento danoso." (TRF 1ª Região, AC 0001044-10.2011.4.01.3814/MG.)

VII. Hipótese em que há "norma determinadora da ação estatal que deixou de ser praticada, resultando no evento danoso." (TRF 1ª Região, AC 0001044-10.2011.4.01.3814/MG.) Nos termos do art. 8º, *caput*, da Lei 9.782/1999, "[i]ncumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública." E, de acordo com o § 1º, inciso I, desse dispositivo legal, "[c]onsideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência", "medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias". Portanto, o celobar, fabricado pelo Laboratório Enila, estava submetido ao controle e fiscalização da Anvisa, inclusive "suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias". Hipótese em que a Anvisa delegou a fiscalização do Laboratório Enila à Vigilância Sanitária do Rio de Janeiro (Visa/RJ).

VIII. Caso em que "[a] primeira denúncia contra o Celobar® foi feita pela química responsável do Laboratório Enila, por meio de notificação de contaminação do medicamento à empresa e à Secretaria Estadual de Saúde do Rio de Janeiro, no dia 23 de abril" de 2003. (Relatório do Senado.) Dessa forma, "com trinta dias de antecedência em relação à ocorrência da primeira morte, o serviço de vigilância sanitária do Rio de Janeiro tinha sido alertado da ocorrência de contaminação bacteriana do produto pela química do Enila, sem que nenhuma iniciativa tivesse sido tomada a esse respeito." (Relatório do Senado.) Hipótese em que a Visa/RJ, delegatária da Anvisa, a despeito das denúncias de irregularidades, formuladas pela química do Laboratório Enila, não procedeu à fiscalização à qual estava obrigada, ainda mais diante dessa situação excepcional. Ocorrência de patente omissão específica do dever de fiscalização para verificar a procedência das denúncias de irregularidades formuladas pela química responsável do Laboratório Enila, antes da distribuição dos lotes adulterados de celobar. Caso em que uma fiscalização mediana, realizada por agentes de atilamento, prudência e raciocínio medianos, poderia ter constatado a adulteração do medicamento celobar, objeto da denúncia da química responsável do laboratório. Nexo de causalidade entre a ausência de fiscalização, depois das denúncias de irregularidades formuladas pela química do laboratório, a distribuição dos lotes adulterados de celobar, e a morte da vítima, após a ingestão desse medicamento.

IX. Dano material. Improcedência. Inexistência de prova idônea, inequívoca e convincente de que a vítima, aposentado pelo INSS, estava trabalhando como mecânico na data de seu falecimento.

X. Dano moral. Critério de fixação. "A reparação de danos morais ou extrapatrimoniais, deve ser estipulada 'cum arbitrio boni iuri', estimativamente, de modo a desestimular a ocorrência de repetição de prática lesiva; de legar a coletividade exemplo expressivo da reação da ordem pública para com os infratores e compensar a situação

vexatória a que indevidamente foi submetido o lesado, sem reduzi-la a um mínimo inexpressivo, nem elevá-la a cifra enriquecedora.” (TRF 1ª Região, AC 0017702-33.1996.4.01.0000/BA.)

XI. “No dano moral por morte, enfatizando a dupla função inerente a essa modalidade da indenização, tanto a punitiva ou inibitória do agente quanto a reparatória ou compensatória em relação à vítima, a moderna jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido como proporcionais à ofensa as condenações entre 300 (trezentos) e 600 (seiscentos) salários mínimos, [...], aproximando-as do limite superior, em especial quando se cuide de criança que se veja privada de crescer ao lado da companhia, cuidados, carinho e orientação dos pais, sujeita, além da dor da perda, aos prejuízos próprios à educação e à formação da personalidade, advindos da ruptura da unidade familiar.” (TRF 1ª Região, AC 0013024-95.1998.4.01.3300/BA.)

XII. Hipótese em que a vítima faleceu quando contava com 38 anos de idade; que a vítima tinha “[e]xpectativa de vida [...] [de] 70 (setenta) anos, consoante tabela IBGE” (TRF 1ª Região, AC 0000321-90.2008.4.01.4300/TO); que os apelantes, assim, foram privados da companhia da vítima por mais ou menos 32 anos; que os dois filhos, nascidos em 1988 e em 1989, perderam o pai justamente numa época de incertezas em suas vidas, ou seja, na adolescência; que a esposa ficou com a incumbência de, sozinha, prover o sustento dos filhos e de educá-los nessa tormentosa fase de suas vidas; que é preciso despertar na Anvisa o sentimento de urgência no exercício de suas atribuições, notadamente a de fiscalização da fabricação de medicamentos, com o denodo e a dedicação que a dignidade da pessoa humana impõe; e que o grau de omissão da Anvisa é bastante elevado, porquanto o Laboratório Enila nunca foi fiscalizado por ela. Fixação do valor da indenização por dano moral em R\$ 150.000,00 para cada um dos autores. Valor total inferior ao limite de 600 salários-mínimos estabelecido na jurisprudência do STJ.

XIII. Incidência da “correção monetária do valor da indenização do dano moral [...] desde a data do arbitramento.” (STJ, Súmula 362.)

XIV. Considerando que o fato ocorreu em 20 de maio de 2003, os juros moratórios, os quais “fluem a partir do evento danoso” (STJ, Súmula 54), “devem ser computados [nos termos dos] artigos 405 e 406 [do Código Civil de 2002], ou seja, deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, que no caso é a SELIC, nos expressos termos da Lei n. 9.250/95, tal sistemática deve ser aplicada até a vigência da Lei n. 11.960/2009, quando deverão ser calculados pela remuneração básica aplicável às cadernetas de poupança, englobando juros e correção monetária.” (TRF 1ª Região, EDAC 0029823-97.2004.4.01.3400/DF.)

XV. Apelação provida em parte.

(Numeração única: 0008578-50.2006.4.01.3500, AC 2006.35.00.008598-5/GO, rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado), unânime, e-DJF1 de 09/12/2015, p. 277)

Tratamento médico. Direito à saúde. Fornecimento de medicamento de alto custo. Excepcionalidade. Única opção para melhora na qualidade de vida do paciente. Preliminar rejeitada.

I. O egrégio STF, 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.

II. Mesmo tendo a parte-autora alcançado, em antecipação da tutela jurisdicional, seu objetivo — transferência para Unidade de Tratamento Intensivo — remanesce seu interesse em obter, ou não, o reconhecimento de seu direito e eventual condenação em honorários advocatícios a seu favor, na medida em que houve resistência dos réus à sua pretensão e o tratamento pleiteado só foi possível em decorrência do ajuizamento da ação. Precedentes.

III. Não merecem prosperar a preliminar de ilegitimidade passiva arguida, uma vez que, em se tratando de responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos e de tratamento médico a hipossuficientes, como no caso, “a União Federal e os Estados, solidariamente com o Distrito Federal e os Municípios, estão legitimados para figurarem nas causas em que se objetiva tratamento médico, em razão de comporem o Sistema Único de Saúde - SUS. Precedentes do STJ e do STF” (AC 0030601-48.2010.4.01.3500/GO, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 de 10/01/2014, p. 323).

IV. No mérito, cumpre 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.

V. O fato de determinada medicação não possuir registro na Anvisa, por si só, não afasta o direito do portador de doença grave ao recebimento do remédio. Assim, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na STA 175 AgR/CE, em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela Anvisa, quando “adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde”, nos termos da Lei 9.782/1999.

VI. Encontra-se presente, no caso, a excepcionalidade apta a justificar a atuação do Judiciário pelos seguintes motivos: a) a parte-autora demonstrou que não tem condições financeiras de arcar com o custo do tratamento pleiteado; b) não existe outro tratamento fornecido pelo SUS para a doença que a acomete; c) o tratamento não é de cunho experimental, como disposto na decisão proferida na STA 244/STF e d) o Poder Público não demonstrou a impossibilidade de arcar com os custos do tratamento, aí incluída prova do direcionamento dos meios disponíveis para a satisfação de outras necessidades essenciais.

VII. Apelação da União desprovida.

VIII. Não se conhece da remessa oficial a teor do disposto no art. 475, § 3º do CPC (sentença fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal).

(Apelação/Reexame Necessário 0008294-30.2011.4.01.3803/MG, rel. Juíza Federal Daniele Maranhão Costa (convocada), unânime, e-DJF1 de 1º/07/2016, p. 839)

Direito do Consumidor. Plano de saúde. Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais. Unimed-BH. Legitimidade passiva. Responsabilidade solidária. Realização de procedimento cirúrgico. Negativa. Impossibilidade. Danos morais caracterizados. Arbitramento do valor indenizatório. Adequação. Termo inicial da correção monetária (Súmula 54, STJ). Entidade sem fins lucrativos. Gratuidade de justiça. Indeferimento.

I. “Atuando como prestadora de serviços médicos da Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais, a Unimed possui legitimidade passiva para a lide” (AC 0042975-45.2005.4.01.3800/MG, rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, DJ de 07/05/2010), mormente tendo em vista que a recorrente se recusou a autorizar o procedimento cirúrgico pleiteado pela autora. Rejeito, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva, na espécie.

II. “Em se tratando de contrato de adesão submetido às regras do CDC, a interpretação de suas cláusulas deve ser feita da maneira mais favorável ao consumidor, bem como devem ser consideradas abusivas as cláusulas que visam a restringir procedimentos médicos.” (REsp 200800754713, Massami Uyeda, STJ – Terceira Turma, DJe data: 05/08/2008.), devendo ser garantidos ao beneficiário do plano de assistência à saúde os meios terapêuticos necessários para o maior sucesso do tratamento de sua patologia, minimizando-se, assim, o sofrimento e o desgaste físico do paciente, em franca homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, na espécie dos autos.

III. Na hipótese, tratando-se de contrato de assistência médico-hospitalar, firmado entre a autora e a Caixa de Assistência dos Advogados do Estado de Minas Gerais, com o objetivo de fornecer cobertura de custos pela OAB-Saúde, das despesas correspondentes à assistência médica, afigura-se cabível, na espécie, com fulcro nos princípios da boa-fé e da confiança norteadores do Direito do Consumidor, a responsabilização da CAA/MG, solidariamente com a Unimed/BH, pela recusa de fornecimento de tratamento médico, porquanto a referida ré figura no contrato como operadora do plano de saúde.

IV. No tocante aos danos morais, “a jurisprudência do STJ é no sentido de que a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário”. (AgRg no REsp 1242971/PB, rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 25/06/2013, DJe 1º/08/2013.)

V. Quanto ao valor da indenização por dano moral, impende verificar que inexistente parâmetro legal definido para a sua fixação, devendo ser quantificado segundo os critérios de proporcionalidade, moderação e razoabilidade, submetidos ao prudente arbítrio judicial, com observância das peculiaridades inerentes aos fatos e circunstâncias que envolvem o caso concreto. O *quantum* da reparação, portanto, não pode ser ínfimo, para não representar uma ausência de sanção efetiva ao ofensor, nem excessivo, para não constituir um enriquecimento sem causa em favor do ofendido. Dessa forma, reputa-se razoável, na espécie, o valor arbitrado na instância de origem, no montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

VI. No que diz respeito à correção monetária dos danos morais, deve ser contada a partir do arbitramento, na sentença monocrática (Súmula 54 do STJ).

VII. Não merece prosperar o inconformismo da Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais, quanto ao deferimento da gratuidade judiciária, tendo em vista o entendimento jurisprudencial desta colenda 5ª Turma, no sentido de que a presunção de miserabilidade prevista no art. 4º da Lei 1.060/1950 não se aplica às pessoas jurídicas, incluídas aquelas sem fins lucrativos, devendo ser demonstrada a impossibilidade de pagamento das despesas processuais, o que não ocorreu no caso (AC 0001997.86.2006.4.01.3801/MG, rel. Des. Federal João Batista Moreira, Quinta Turma/TRF1 – e-DJF1, p. 183, de 09/07/2010).

VIII. Apelação da Unimed/BH parcialmente provida para determinar que a correção monetária incida a partir do arbitramento. Apelação da Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais desprovida.

(Apelação Cível na Ação Ordinária 0004204-48.2012.4.01.3801/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 06/07/2016, p. 1.794)

Direito do Consumidor. Responsabilidade civil. Financiamento imobiliário. Leilão e adjudicação de imóvel. Pendência de decisão judicial válida determinando a suspensão de atos expropriatórios. Desídia e falha na prestação do serviço por parte da instituição financeira. Danos materiais e morais comprovados. Valor indenizatório. Razoabilidade. Termo inicial da correção monetária dos danos morais. A partir do arbitramento. Honorários advocatícios. Observância dos limites percentuais do art. 20 do então vigente Código Buzaid.

I. Na espécie, é legítima a reparação por danos materiais e danos morais, tendo em vista que restou comprovada a desídia da Caixa Econômica Federal e a falha na prestação do serviço ao consumidor, consubstanciadas na realização indevida do leilão e da adjudicação do imóvel financiado ao promovente, quando havia decisão judicial válida determinando a suspensão de atos expropriatórios do referido bem. Além disso, ficaram demonstrados os prejuízos materiais e morais sofridos pela parte-autora no que diz respeito ao desfazimento do negócio jurídico encetado pelo mutuário com terceiro, sendo que desse fato resultou, ainda, instauração de ação penal contra o mutuário.

II. Por outro lado, não há que se falar na reparação dos gastos efetivados com honorários advocatícios, nas ações judiciais necessárias à defesa de seus direitos sobre o imóvel litigioso, uma vez que as respectivas quantias foram contabilizadas a título de sucumbência nos próprios feitos, sendo adequado e razoável, portanto, o valor indenizatório dos danos materiais. Quanto ao valor da indenização por dano moral, impende verificar que inexistente parâmetro legal definido para a sua fixação, devendo ser quantificado segundo os critérios de proporcionalidade, moderação e razoabilidade, submetidos ao prudente arbítrio judicial, com observância das peculiaridades inerentes aos fatos e circunstâncias que envolvem o caso concreto. O *quantum* da reparação, portanto, não pode ser ínfimo, para não representar uma ausência de sanção efetiva ao ofensor, nem excessivo, para não constituir um enriquecimento sem causa em favor do ofendido. Dessa forma, reputa-se razoável, na espécie, a quantia arbitrada na sentença recorrida.

III. Na hipótese, as verbas destinadas à reparação de danos materiais e morais devem ser computadas separadamente, uma vez que a correção monetária das lesões morais incide a partir do arbitramento, na sentença monocrática (Súmula 54 do STJ), diferentemente do montante devido a título de danos materiais, que deve ser corrigido desde a data do evento danoso.

IV. Na espécie dos autos, deve ser observada a regra inserta no § 3º do art. 20 do então vigente CPC. Assim, atentando-se para a importância da causa, a natureza da demanda, o princípio da razoabilidade, bem como respeitando o exercício da nobre função e o esforço despendido pelo ilustre patrono do autor, mostra-se razoável a quantia de 10% (dez por cento) do valor da condenação corrigido.

V. Apelação da Caixa Econômica Federal parcialmente provida para determinar a incidência da correção monetária sobre o valor condenatório, referente aos danos morais, a partir de seu arbitramento. Apelação do autor parcialmente provida para fixar honorários em 10% (dez por cento) do valor da condenação corrigido.

(AC 0018900-40.2012.4.01.3300/BA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 06/07/2016, p. 1.789)

Sexta Turma

Constitucional, Administrativo e Civil. Mandado de segurança. Servidor público federal. Relação homoafetiva. Entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo. Reconhecimento como dependente/beneficiário de plano de assistência à saúde. Garantia de formação do meio ambiente cultural brasileiro, ecologicamente equilibrado.

I. Afigura-se odiosa a negativa do reconhecimento dos direitos concedidos às pessoas de sexos diferentes aos do mesmo sexo, inclusive aos relacionados com a inclusão como dependente/beneficiário de plano de assistência médica, porque tal discriminação preconceituosa afronta os objetivos da República Federativa do Brasil, entre eles, o da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da marginalização e da redução das desigualdades sociais, e, também, o da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

II. O reconhecimento de vínculos entre pessoas do mesmo sexo atende, também, a defesa constitucional da unidade familiar, da promoção do bem-estar e da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da legalidade, e, especificamente na espécie dos autos, da saúde, que é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196 da Constituição Federal).

III. Se o *homossexual* não é cidadão de segunda categoria e sua opção ou condição sexual não lhe diminui direitos, muito menos a *dignidade de pessoa humana* (STJ – REsp 238715/RS – Terceira Turma – DJ de 02/10/2006, p. 263) e, se todos *são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza* (CF, art. 5º, *caput*), não há de se admitir a submissão de qualquer pessoa a tratamento discriminatório e marginalizador ou degradante, garantindo-se o *desenvolvimento sustentável do patrimônio cultural do povo brasileiro*, constituído dos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, como portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver (CF, arts. 216, I e II), essenciais à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações (CF, arts. 225, *caput*).

IV. Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada.

(Numeração única: 0013227-04.2005.4.01.3400, Apelação no Mandado de Segurança 2005.34.00.013248-1/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 1º/10/2007. p. 87)

Civil. Processo Civil. Responsabilidade civil. Dano material e moral. União e Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT). Vítima fatal de acidente de trânsito. Queimadas ocorridas próximo à rodovia federal. Espessa cortina de fumaça. Litisconsórcio com pessoas jurídicas de direito privado. Incompetência da Justiça Federal. Pensão mensal devida à companheira e aos filhos menores do falecido. Duração. valor da remuneração. Dano moral. Indenização. Montante reduzido. Honorários advocatícios. Parâmetros. Juros de mora. Agravos retidos não conhecimento. Art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil (CPC). Sentença reformada em parte.

I. Não se conhece dos agravos retidos interpostos pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), na conformidade do art. 523, § 1º, do CPC, ante a ausência de expresso pedido de apreciação dos recursos nas razões do apelo.

II. Correta a decisão da magistrada sentenciante, no que diz respeito à incompetência da Justiça Federal para examinar a pretensão deduzida contra as litisconsortes Aliança S.A. e União Industrial Açucareira Ltda., pessoas jurídicas de direito privado.

III. A competência, na espécie, é absoluta e não se prorroga mesmo na eventualidade de conexão, que sequer ocorre nesta lide, e ainda que a responsabilidade entre as demandadas seja solidária. No caso, os autores cumularam pedidos de forma não abrangida pelo art. 292 do CPC, visto que, na espécie, se está diante de competência absoluta em razão da pessoa, sendo certo que nos termos do art. 109, inciso I, da Constituição Federal, aos juizes federais compete processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

IV. Nos termos da Súmula 42 do Superior Tribunal de Justiça, “compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento”.

V. A União e o DNIT, contudo, têm legitimidade para figurar no polo passivo da demanda por serem responsáveis pela manutenção de condições seguras de tráfego nas rodovias federais, devendo agir eficazmente para impedir que lamentáveis incidentes, como o que ora se examina, ocorram com frequência nas estradas do País. Precedentes.

VI. Quanto à renda auferida pelo desaparecido, é fato que não foi devidamente comprovado o respectivo *quantum* auferido pelo desempenho de sua profissão. Havia, por certo, documentos aptos a esse fim, tais como recibos e documentos previdenciários, entretanto, nada fora acostado ao feito.

VII. Inegável, contudo, a circunstância de que o sinistro ocorreu exatamente quando a vítima conduzia caminhão que transportava botijões de gás, situação suficiente para constatar que realmente exercia ofício de motorista. Não bastasse, consta da certidão de óbito sua qualificação como motorista e a carteira de habilitação ostenta a categoria D.

VIII. Considerando, assim, que não restou cabalmente demonstrado o valor da remuneração líquida percebida por Antônio de Mota Almeida, mas que realmente exercia o ofício acima referido, arbitra-se o valor da pensão em 4 (quatro) salários-mínimos a ser paga pelo DNIT e pela União em favor da viúva Élen Afonso Cardoso e dos filhos, Davi Antônio Cardoso Mota, Loren Cardoso Almeida e Leonardo Cardoso Mota, menores incapazes na época do acidente, rateada em partes iguais entre os autores, ou seja, 1 (um) salário-mínimo para cada, a contar da data do falecimento (11/04/2001) até o momento em que os descendentes completaram 25 anos de idade.

IX. Em relação à viúva a pensão é devida, até o momento em que o falecido completaria 70 anos de idade, conforme entendimento mais recente deste Tribunal, acerca da questão, levando em consideração o aumento de expectativa de vida apontado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, órgão governamental.

X. Valor referente aos danos morais, reduzido para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), que, diante das circunstâncias do caso, mostra-se razoável para reparar o gravame sofrido, cabendo o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a cada um dos litisconsortes, companheira e filhos menores do *de cujus*.

XI. Honorários advocatícios fixados em 10.000,00 (dez mil reais), a ser pago pelos litisconsortes passivos, *pro rata*, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

XII. Apelações da União, do DNIT e dos autores parcialmente providas.

XIII. Remessa oficial provida, em parte, para estabelecer a forma de incidência dos juros de mora e da correção monetária.

(Numeração única: 0005539-63.2006.4.01.3300, Apelação/Reexame Necessário 2006.33.00.005542-6/BA, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, unânime, *e-DJF1* de 26/02/2016, p. 2.087)

Administrativo. Ensino. Programa Ciências Sem Fronteiras. CNPq. Alteração nos critérios de participação. Nota no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) igual ou superior a 600 pontos. Impossibilidade. Ofensa aos princípios da isonomia e da razoabilidade.

I. No caso em questão, as alterações devem observar um mínimo de razoabilidade temporal, a fim de viabilizar aos alunos um tempo hábil para atender à nova exigência, que seria a inscrição no Enem, tendo em vista que os candidatos foram aprovados no vestibular antes de 2009, quando o referido exame sequer era obrigatório para o ingresso na universidade.

II. Foram feridos os princípios da isonomia e da razoabilidade por meio da fixação do exíguo prazo entre a nova exigência do edital — que alterou as regras e exigiu dos candidatos a nota no Exame Nacional do Ensino Médio igual ou superior a 600 pontos — e a data final para a inscrição no Enem.

III. Impõe-se a reconhecer a situação fática consolidada, em razão do decurso do tempo, cuja reversão seria de todo desaconselhável, visto que a impetrante já estaria frequentando o curso na universidade estrangeira desde 03/04/2014.

IV. Apelação e remessa oficial conhecida e não providas.

(Apelação/Reexame Necessário 0022736-41.2014.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 31/05/2016, p. 483)

Administrativo e Processual Civil. Contrato administrativo. Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero). Licitação. Adjudicação à empresa sagrada vencedora no certame. Recusa de assinatura do contrato. Penalidades impostas. Possibilidade. Previsão no edital e no regulamento de licitações e contratos da Infraero.

I. Ao que consta dos autos, a Infraero aplicou penalidades à empresa vencedora da licitação, porque ela se recusou a assinar o contrato, pleiteando, antes, reajuste de preços, o que lhe foi negado, com fulcro no item 16.1, alíneas a e c do edital, e no art. 81 do Regulamento de Licitações e Contratos da Infraero, os quais preconizam que, se o licitante adjudicatário se recusar a assinar o contrato, no prazo assinalado, será considerado inadimplente, ficando sujeito à multa de 10% (dez por cento) do valor da contratação e suspensão temporária do direito de participar de licitação.

II. A empresa autora descumpriu o edital e o Regulamento de Licitações e Contratos da Infraero, razão por que são legítimas as penalidades que lhe foram impostas.

III. Sentença confirmada.

IV. Apelação desprovida.

(Numeração única: 0004490-64.2004.4.01.3200, Apelação Cível 2004.32.00.004492-4/AM, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 31/05/2016, p. 565)

Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Fundação Universidade Federal do Piauí (FUFPI). Contrato firmado com fundação de apoio. Dispensa de licitação. Objeto não previsto na Lei 8.958/1994. Impossibilidade. Litisconsórcio ativo ulterior. Possibilidade. Apelação. Deserção. Não conhecimento.

I. Admite-se o ingresso da Associação dos Docentes da Universidade Federal do Piauí como litisconsorte ativo, considerando o entendimento jurisprudencial de que, por força do disposto no art. 5º, § 2º, da Lei 7.347/1985, é possível a formação de litisconsórcio ativo ulterior na ação civil pública, não implicando desrespeito ao princípio do juiz natural.

II. Tendo sido declarado deserto o recurso de apelação interposto pela Fundação Cultural e de Fomento à Pesquisa, Ensino e Extensão (Fadex), não há de ser conhecido.

III. Nos termos do art. 1º da Lei 8.958/1994, a atuação da fundação de apoio contratada pela instituição federal de ensino superior, com amparo no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, deve ser limitada às obras laboratoriais e

à aquisição de materiais, equipamentos e outros insumos diretamente relacionados às atividades de inovação e pesquisa científica e tecnológica, sendo vedado o enquadramento, no conceito de desenvolvimento institucional, das atividades de manutenção predial ou infraestrutural, conservação, limpeza, vigilância, reparos, copeiragem, recepção, secretariado, serviços administrativos na área de informática, gráficos, reprográficos e de telefonia e demais atividades administrativas de rotina; bem como a subcontratação total do objeto dos ajustes e a subcontratação parcial que delegue a terceiros a execução do núcleo do objeto contratado.

IV. Os convênios e contratos que tenham por objeto a realização de obras de engenharia e reformas, a aquisição de material para atender necessidades de caráter permanente e a contratação de prestadores de serviços terceirizados também para atender às necessidades de caráter permanente da instituição contratante, prática que vinha sendo utilizada pela instituição de ensino requerida (construção e reforma de prédio, alojamentos e salas de aula; aquisição de ônibus; e prestação de serviços de manutenção predial e infraestrutural, gráficos, e outros não incluídos no conceito de desenvolvimento institucional) violam a Lei 8.954/1994 e a Lei 8.666/1993.

V. O art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, conquanto dispense de licitação a instituição incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, é imprescindível que o objeto do contrato tenha pertinência com os objetivos estatutários da instituição, caso contrário, admitir-se-ia a sua contratação como mera intermediária, possibilitando a dispensa de licitação para qualquer hipótese.

VI. Apelação da Fundação Cultural e de Fomento à Pesquisa, Ensino e Extensão (Fadex) não conhecido. Apelação da Fundação Universidade Federal do Piauí (FUFPI) e remessa oficial, desprovidas.

(Numeração única: 0002973-73.2009.4.01.4000, Apelação/Reexame Necessário 2009.40.00.003024-6/PI, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, unânime, e-DJF1 de 31/05/2016, p. 617)

Processual Civil. Agravo de instrumento. Tratamento médico. Fornecimento de fosfoetanolamina sintética deferido. Paciente passivo ou terminal. Tratamentos convencionais sem efeitos. Multa diária. Recurso provido em parte.

I. Cinge-se a questão em torno da discussão acerca da concessão da substância *fosfoetanolamina sintética* para o tratamento do câncer.

II. Não obstante entendimento de que a análise do fornecimento de medicação pelo Poder Público deva ser criteriosa — em que se verifiquem (I) a imprescindibilidade do medicamento; (II) a ausência de outra opção eficaz; (III) a atual situação clínica do paciente e o grau de evolução da doença; e (IV) a hipossuficiência financeira do enfermo —, o quadro fático dos autos, em abono à manutenção do deferimento, demonstra que a decisão impugnada, além de considerar a substância almejada como a única disponível, já que as medicações ditas registradas não surtiram efeitos positivos, consignou a urgência em sua utilização, o que evidencia a situação de paciente sem respostas ao tratamento convencional (ou em estado terminal), de maneira que o fornecimento da fosfoetanolamina sintética configura a sua última chance de permanecer vivo.

III. O Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia da Lei 13.269/2016, que indistintamente garantia o acesso à substância a quem comprovasse o diagnóstico da doença e apresentasse termo de consentimento e responsabilidade, diferentemente do que adotado na presente decisão, que permite o fornecimento apenas a quem os tratamentos convencionais não mais produzem nenhum efeito ou se encontre em estágio terminal. Nesses casos, postergar ou negar ao doente o acesso a tal droga, situações em que nada mais há de opção estatal para se manter vivo, violaria os direitos fundamentais à vida, à saúde, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana.

IV. O posicionamento que ora se adota se coaduna com o fixado no julgamento da SLAT 00021693320164010000, de relatoria do Des. Federal Jirair Aram Meguerian, pela Corte Especial deste e. Tribunal Regional Federal.

V. A orientação jurisprudencial adotada por essa e. Corte acerca da imposição de multa (*astreintes*), no procedimento de fornecimento de medicamento a pacientes, é firme no sentido de que seria cabível a sua fixação acaso comprovada recalcitrância do agente responsável pelo cumprimento da medida, hipótese não verificada na espécie.

VI. Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido, apenas para excluir a determinação ao pagamento da multa.

(Agravo de Instrumento 0071968-03.2015.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 27/06/2016, p. 1.564)

Apelação. Responsabilidade civil. CEF. Erro grosseiro. Cadastro no PIS. Mesmo número de outro trabalhador. Suspensão indevida de seguro-desemprego. Instauração de inquérito militar. Danos morais. Ocorrência. Sentença mantida.

I. No caso em apreço, a parte-autora, depois de rompido seu vínculo laboral, teve cessado o pagamento de seguro-desemprego, a partir de sua terceira parcela, por estar supostamente empregada em outra localidade.

II. Instauração de inquérito policial pela Polícia Federal para apurar suposta prática de estelionato e falsidade ideológica perpetrada pela autora.

III. Demonstração de que a cessação do benefício previdenciário decorreu de cadastro feito de modo equivocado pela CEF da autora junto ao Rais, atribuindo-lhe o mesmo número de PIS pertencente a outro trabalhador.

IV. Ante a existência de erro grosseiro perpetrado pela CEF e suas consequências, inegável a existência de violação a direito da personalidade da parte-autora, sobretudo no que toca à sua honra subjetiva.

V. Indenização por danos morais mantidos em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Não tendo havido impugnação específica acerca do valor arbitrado a título de indenização por danos materiais, permanecem estes fixados em R\$ 730,80 (setecentos e trinta reais e oitenta centavos).

VI. Não se presume a litigância de má-fé quando a parte se utiliza dos recursos previstos em lei, sendo necessária, em tais hipóteses, a comprovação da intenção do recorrente de obstruir o trâmite regular do processo. Precedente do c. STJ.

VII. Recurso de apelação da CEF a que se nega provimento.

(Numeração única: 0004813-98.2007.4.01.3900, AC 2007.39.00.005079-7/PA, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 08/07/2016, p. 2.506)

Civil e Constitucional. Agravo de instrumento. Paciente internado. Tratamento aplicado pela instituição de saúde. Determinação judicial. Transfusão de sangue compulsória. Recusa da pessoa enferma. Opção por modalidade diversa de tratamento. Possibilidade. Observância do direito fundamental à dignidade da pessoa humana e à liberdade. Direito de escolha da espécie de tratamento médico. Legalidade. Agravo de instrumento conhecido e provido.

I. A opção de escolha pela modalidade e características do tratamento médico que lhe pareça mais conveniente, sob os aspectos biológico, científico, ético, religioso e moral, é conduta que possui a natureza de direito fundamento, protegida pelo princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade, na forma preconizada no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.

II. É lícito que a pessoa enferma e no pleno exercício de sua capacidade de expressão e manifestação de vontade, de modo claro e indubitado, recuse determinada forma de tratamento que lhe seja dispensado, não se evidenciando nesse caso lesão ao bem maior da vida, constitucionalmente tutelado, mas se configurando, de outro modo, o efetivo exercício de conduta que assegura o também constitucional direito à dignidade e à liberdade pessoal.

III. Com relativa frequência o Poder Judiciário é chamado a dirimir conflitos que remontam a profundos e complexos questionamentos subjetivos e dúvidas existenciais e dizem respeito à própria finitude humana, contudo, a grande envergadura dessa missão não pode resultar em omissão na direção legal a ser adotada, mas exige pronta e efetiva resposta, que também deve ser erigida à expressão da relevância inserida no conflito de bens caros, essenciais e igualmente agasalhados pela Constituição Federal.

IV. Na hipótese dos autos, uma paciente acometida de Leucemia Linfoblástica Aguda – LLA, em razão de sua convicção religiosa (testemunha de Jeová) e científica-biológica — existência de meios terapêuticos sem os riscos transfusionais —, recusou, mediante declaração escrita e verbal, tratamento médico que prevê a transfusão de sangue e optou por tratamento médico diverso e alternativo, firme na preservação de sua dignidade e de suas convicções pessoais e filosóficas ante o evento da vida. Não acolhendo esses fundamentos, foi proferida no processo de origem decisão antecipatória da tutela que autorizou o procedimento forçado de transfusão sanguínea, provimento judicial que, no entanto, mereceu reforma nos presentes autos de agravo de instrumento.

V. Recurso de agravo de instrumento conhecido e provido, para o fim de desconstituir, integralmente a decisão agravada.

(Agravo de Instrumento 0017343-82.2016.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 08/07/2016, p. 2.581)

Administrativo e Processual Civil. Demarcação de terra indígena. Lei 6.001/1973. Decreto 1.775/1996. Constitucionalidade. Procedimento administrativo. Contraditório. Ampla defesa. Observância.

I. O excelso Supremo Tribunal Federal já se manifestou quanto à constitucionalidade da Lei 6.001/1973 e do Decreto 1.775/1996, que regulamentam o processo administrativo de demarcação de terra indígena, afirmando, inclusive, que seu trâmite regular não fere o direito ao contraditório e à ampla defesa.

II. Decreto 1.775/1996 não prevê a notificação prévia dos proprietários da prática desses atos, notadamente das vistorias e dos estudos realizados pelo grupo de trabalho.

III. A disciplina para o processo administrativo de demarcação de terras indígenas no Brasil é de competência da União e consiste numa série de atos correlatos, sendo certo que a demarcação não representa título de posse ou requisito de ocupação, uma vez que o pleno gozo dos índios sobre suas terras independe de qualquer ato administrativo.

IV. O processo demarcatório da terra indígena é regulado por decreto do Poder Executivo, materializando-se num procedimento administrativo conduzido pela Fundação Nacional do Índio – Funai e concluído com um decreto homologatório do presidente da República. Esse procedimento tem início com a formação de um grupo técnico especializado que deverá promover o estudo etno-histórico, sociológico, jurídico, cartográfico e ambiental, bem como o levantamento fundiário necessários à delimitação da área, a fim de elaborar relatório circunstanciado a ser encaminhado ao ministro da Justiça. Este, por sua vez, expedirá portaria delineando os limites da demarcação administrativa da área e concluirá o processo enviando-o ao presidente da República que tem competência para editar decreto homologatório.

V. Em caso de reconhecimento final da área como terra tradicionalmente indígena, o efeito jurídico decorrente será a nulidade do título de propriedade, razão pela qual não se trata de cancelamento da matrícula do imóvel, mas sim de declaração da nulidade do título. Precedentes.

VI. Descabida a pretensão de se aplicar, à espécie, as regras do procedimento de demarcação de terras particulares, já que em vigor procedimento próprio de demarcação das terras indígenas, cumprindo assinalar que o decreto presidencial que homologa a área indígena tem contido declaratório, e não constitutivo.

VII. Perícia judicial que corroborou as conclusões da Funai em seu relatório, no sentido da existência de ocupação imemorial indígena naquela área.

VIII. Recurso de apelação a que se nega provimento.

(Numeração única: 0005680-55.2006.4.01.3600, AC 2006.36.00.005681-1/MT, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 08/07/2016, p. 2.487)

Processo Civil e Administrativo. Alvará judicial. PIS-Pasep. Estado de penúria do requerente. Demonstração. Reinserção no mercado de trabalho. Agravamento. Levatamento de valores. Possibilidade.

I. A competência para apreciar questão relativa à concessão de alvará judicial para levantamento de valores depositados em conta vinculada ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é da Justiça Estadual, a teor do verbete 161 da súmula da jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça (“É da competência da Justiça Estadual autorizar o levantamento dos valores relativos ao PIS/Pasep e FGTS, em decorrência do falecimento do titular da conta”), entretanto, no momento em que é instaurado o conflito de interesses entre o requerente e a Caixa Econômica Federal, afasta-se a aplicação da Súmula 161/STJ, em face do art. 109, I, CF, e se aplica o verbete 82, também da súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça — “Compete à Justiça Federal, excluídas as reclamações trabalhistas, processar e julgar os feitos relativos a movimentação do FGTS.”

II. Uma vez acolhida pela jurisprudência desta Corte, na esteira da orientação tomada pelo e. Superior Tribunal de Justiça, a interpretação extensiva ao § 1º do art. 4º da Lei Complementar 26/1975, em vista dos princípios constitucionais e dos fins sociais a que a lei se destina, deve-se assegurar o direito constitucional do cidadão à vida digna e à saúde, autorizando-se a liberação do saldo em casos de extrema necessidade.

III. “O Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que o direito à vida e à saúde (CF/1988, art. 5º e 196), assim como o princípio da dignidade da pessoa humana (CF/1988, art. 1º, III), consubstanciam alicerces robustos à aplicação de interpretação extensiva ao § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 26/75 que permita o levantamento de saldo do PIS - Pasep para fins de tratamento de saúde em caso de moléstia grave.2. Comprovado o estado de comprometimento da saúde da autora em razão de acidente automobilístico, bem como da grave patologia que acometeu seu filho, procede o pedido de levantamento do PIS.” (AC 2000.01.00.067257-1/MG, rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, 29/01/2010, e-DJF1, p. 185.)

IV. Correta a sentença de deferimento do pedido, concluindo que “as condições pessoais do autor, aqui demonstradas e não rechaçadas pela Ré [...] demonstram a redução da capacidade laborativa do mesmo e sua difícil situação financeira, a autorizar a concessão do levantamento requerido.

V. Apelação da CEF a que se nega provimento.

(Numeração única: 0003584-79.2006.4.01.3305, Apelação Cível 2006.33.05.003594-1/BA, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 08/07/2016, p. 2.482)

Constitucional e Administrativo. Transformação de cargos públicos. Alteração da natureza de cargo comissionado técnico para cargo em comissão de livre exoneração e nomeação. Impossibilidade. Ausência de delegação presidencial expressa na forma do art. 84, VI, a e b. Impossibilidade de delegação implícita pelo art. 14 da Lei 9.986/2000. Violação ao art. 14 da Lei 9.784/1999.

I. Hipótese dos autos em que a Aneel – Agência Nacional de Energia Elétrica e a ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres, via portarias, transformaram cargos em comissão técnicos em cargos comissionados de livre nomeação e exoneração com fundamento no art. 14 da Lei 9.986/2000 ao argumento que este teria delegado a competência privativa do presidente da República prevista no art. 84, VI, a e b.

II. Os atos de delegação devem ser expressos, inequívocos, e nele constarão, de forma específica, as matérias e poderes transferidos. É o que se observa do conteúdo do art. 14 e seus parágrafos da Lei 9.784/1999, razão pela qual não existe no Direito brasileiro a figura da “delegação implícita”.

III. Resta claro, portanto, que dentre as prerrogativas conferidas às agências reguladoras pelo art. 14 da Lei 9.986/2000 não se encontra a de transformar a natureza de seus cargos, mas distribuí-los e remanejá-los conforme as necessidades do órgão. É o que se depreende também do art. 48, X, da CF/1988, que estabelece ser esta atribuição do Congresso Nacional, com sanção do presidente da República.

IV. Precedente do colendo TCU – Acórdão 1600/2013, Plenário Proc TC 017.636/2007-9 (em embargos de declaração com efeitos infringentes acolhidos).

V. Recursos de apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

(Numeração única: 0041601-59.2007.4.01.3400, Apelação/Reexame Necessário 2007.34.00.041869-4/DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 18/07/2016, p. 1.228)

Apelação. Anistia política. Lei 10.559/2002. Revisão de prestação mensal, permanente e continuada. Possibilidade. Danos morais. Cumulação. Possibilidade. Precedentes. Sentença reformada.

I. O art. 6º, *caput*, da Lei 10.559/2002 possibilita que se considere, para fixação de reparação econômica mensal, permanente e continuada aos anistiados políticos, os percebidos por seus paradigmas.

II. Tendo a Comissão de Anistia reconhecido que o pagamento da prestação a ser feito à parte-autora deveria ter como base a remuneração percebida pelos seus paradigmas, é de se reconhecer o erro de cálculo perpetrado pela assessoria da mencionada comissão, que se baseou apenas nas informações trazidas pelo órgão público em que a anistiada trabalhou, assim, cabível a revisão pretendida.

III. Prestação mensal que deve ser fixada em R\$ 2.436,41 (dois mil, quatrocentos e trinta e seis reais e quarenta e um centavos) e não em R\$ 1.235,48, como constou dos autos administrativos, eis que este valor foi calculado exclusivamente com base nas informações prestadas pelo órgão baiano, com parcelas de natureza e valores diferentes, sem levar em consideração os paradigmas levados aos autos do processo administrativo pela parte-autora.

IV. À luz do que dispõe o art. 1º do Decreto 20.910/1932, embora se reconheça que o fundo do direito da parte-autora não está sujeito à prescrição, as parcelas anteriores aos cinco anos, contados da propositura da ação, encontram-se acobertadas pela prescrição. Precedentes.

V. No entanto, no caso em apreço, tendo em vista que, da decisão administrativa que se pretende rever e da propositura da presente ação não decorreu o quinquênio legal, devendo por isso ser alcançadas pelas prescrição apenas as prestações que porventura fossem devidas à parte-autora nos cinco anos anteriores à data da propositura de seu requerimento administrativo de anistia.

VI. “Inexiste vedação para a acumulação da reparação econômica com indenização por danos morais, porquanto se trata de verbas indenizatórias com fundamentos e finalidades diversas: aquela visa à recomposição patrimonial (danos emergentes e lucros cessantes), ao passo que esta tem por escopo a tutela da integridade moral, expressão dos direitos da personalidade” (AgRg no REsp 1.467.148/SP, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/02/2015, DJe 11/02/2015.)

VII. Danos morais fixados em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em razão das peculiaridades do caso em apreço (autora que foi perseguida entre 1969 e 1979, tendo sido presa, torturada, condenada e asilada, com prejuízo ao seu desenvolvimento acadêmico).

(Numeração única: 0001913-56.2008.4.01.3400, Apelação Cível 2008.34.00.001926-1/DF, unânime, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, e-DJF1 de 18/07/2016, p. 1.243)

Civil. Processual Civil. Inépcia da petição inicial. Não ocorrência. Competência da Justiça Federal. Legitimidade passiva da União e do Estado de Goiás. Legitimidade do réu ex-proprietário. Reconhecimento. Condenação por danos morais não requeridos pelos autores na exordial. Sentença extra petita. Princípio do juiz natural. Não violação. Responsabilidade civil. Contaminação por Césio-137 de estabelecimento comercial. Danos materiais. Danos emergentes. Reconhecimento. Sentença parcialmente reformada.

I. Nos termos do art. 295, parágrafo único, inciso II do CPC, é inepta a petição inicial quando “da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; (Redação dada pela Lei 5.925, de 1º/10/1973)”. Não é o que ocorre *in casu*, visto que os autores narraram, ainda que de modo sucinto, os fatos e fundamentos jurídicos que deram causa ao seu pedido de indenização.

II. “Não merece prosperar a preliminar de incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito, tendo em vista que na inteligência jurisprudencial deste egrégio Tribunal, ‘o Decreto 81.394/1975, em seu art. 8º, ao regulamentar a Lei 6.229/1975, atribuiu ao Ministério da Saúde a competência para desenvolver programas objetivando a vigilância sanitária dos locais, instalações, equipamentos e agentes que utilizem aparelhos de radiodiagnóstico e radioterapia, resultando, dessa competência, a legitimidade passiva da União.’ (AC 0028923-66.2003.4.01.0000/GO, rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, rel. conv. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo (conv.), Sexta Turma, e-DJF1, p. 135, de 31/03/2008) e a respectiva competência da Justiça

Federal (CF, art. 109). De igual modo, a Justiça Federal é competente para processar e julgar causa em que haja responsabilidade solidária da União Federal e de Estado-membro, como na espécie dos autos, sendo, portanto, indevido o desmembramento do feito em relação ao Estado de Goiás.” Precedentes.

III. Esta e. Corte e o colendo STJ tem entendido que assiste legitimidade passiva à União para responder por indenizações decorrentes de contaminações causadas pelo Césio-137, em razão do dever de fiscalização solidariamente imposto à União, ainda que os danos suscitados nos presentes autos tenham-se dado não à saúde, mas ao patrimônio dos autores. Precedentes.

IV. A legitimidade passiva do Estado de Goiás, na hipótese do acidente radiológico envolvendo o Césio-137, deve-se ao reconhecimento, pela jurisprudência dominante, da responsabilidade da secretaria de saúde do ente federado pelo descumprimento do dever de fiscalização.

V. De acordo com o art. 1.525 do Código Civil/2016, havendo trânsito em julgado de sentença em ação penal condenatória, os fatos ali reconhecidos não podem ser afastados, caso do ato ilícito praticado e de sua autoria. O ato ilícito — descarte indevido de Césio-137 — já penalmente reconhecido e tendo sido o corréu Amaurillo por ele responsabilizado naquela esfera, é a causa dos danos alegadamente sofridos pela parte-autora, razão pela qual existente a pertinência subjetiva a caracterizar a sua legitimidade passiva para constar da presente demanda. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada.

VI. Preliminar de nulidade da sentença por violação ao princípio do juiz natural que se afasta, já que é normal a substituição do juiz titular nos eventuais afastamentos, férias, licenças, convocações para integrar o tribunal em substituição a desembargador federal ou por outros motivos, caso em que outro magistrado é designado para exercer suas funções, como forma, inclusive, de manter o funcionamento ininterrupto da serventia judicial e não prejudicar a regular prestação jurisdicional. No presente caso, há a agravante do longo período de transcurso da demanda, margeando entre a realização de audiência de instrução e a prolação da sentença recorrida mais de 9 (nove) anos, o que impossibilita, em termos práticos, a manutenção do mesmo magistrado na condução do feito.

VII. Nos termos do art. 128 do Código de Processo Civil, “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”. Dispõe o art. 460 do diploma processual civil, por seu turno, ser “defeso ao magistrado proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”. Não tendo a parte-autora postulado indenização por danos morais em razão da cessação de sua atividade comercial em virtude da contaminação por Césio-137 ocorrida próximo ao seu estabelecimento, a decisão recorrida deve ser declarada *extra petita*, devendo ser decotada de seu teor o respectivo ponto.

VIII. Quanto ao mérito, pretendem os autores indenização por danos materiais, deve ser reconhecido aos autores a reparação dos danos emergentes por eles em razão da interdição e posterior fechamento de seu estabelecimento comercial, fato que ocorreu entre outubro de 1987 e fevereiro de 1988, em razão de contaminação causada por bomba de Césio-137, que se encontrava em ferro-velho, acerca de trinta metros da lanchonete da qual os autores eram proprietários.

IX. De um lado, houve conduta omissiva da União, do Estado de Goiás e do CNEN, que não atuaram na fiscalização de descarte de material radioativo, cabendo a elas o dever solidário de zelar pelo meio ambiente saudável e pela manutenção de saúde pública.

X. De outra ponta, não se pode ignorar a conduta culposa dos demais réus que, sabendo da periculosidade do Césio-137, o abandonaram no antigo prédio do Instituto Goiano de Radiologia, agindo com verdadeira negligência, ou que procederam à demolição do mencionado imóvel, sem verificar se tal cápsula ficaria exposta à ação de terceiros, situação em que configurada negligência.

XI. Em razão de a mora decorrer de conduta exclusiva dos réus, não há que se falar sobre incidência de juros moratórios sobre valores já pagos administrativamente quando da realização de sua compensação.

XII. Apelação do Estado de Goiás a que se dá parcial provimento (itens III e VII) e reexame necessário e apelações de Carlos de Figueiredo Bezerril e Criseide de Castro Dourado; de Amaurillo Monteiro de Oliveira e da Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN às quais se nega provimento.

(Numeração única: 0004237-68.2007.4.01.0000, Apelação/Reexame Necessário 2007.01.00.003870-0/GO, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 18/07/2016, p. 1.219)

Processual Civil. Agravo de instrumento. Ação popular. Reajuste da tarifa de energia elétrica no Estado de Roraima. Razoabilidade. Ausência. Princípio da modicidade das tarifas de serviço público. Violação.

I. “A ação popular constitucional abrange além do ato lesivo ao patrimônio público, previsto no art. 1º da Lei 4.7171/65 (Lei da Ação Popular), aquele lesivo à moralidade administrativa, a demonstrar, assim, a adequação da via eleita, em que se busca a declaração de nulidade de ato supostamente ilegal e contrário à moralidade administrativa, notadamente a Resolução 800/2002 - COFECI, que instituiu e tornou obrigatória a realização de exame de proficiência par obtenção de registro profissional em Conselho Regional de Corretores de Imóveis”. (REO 0014547-89.2005.4.01.3400/DF; rel. Desembargador Federal Souza Prudente; Oitava Turma; Publicação: e-DJF1, p. 685, de 14/01/2011; decisão: 30/11/2010.)

II. “A jurisprudência do STJ admite o ajuizamento de ação popular na defesa da moralidade administrativa, ainda que inexistam danos materiais ao patrimônio público”. (REsp 964.909/RS, rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 23/11/2009.)

III. O Estado, inclusive quando autoriza sua prestação sob regime de concessão, deve assegurar que os serviços públicos, sobretudo os essenciais, como o é fornecimento de energia elétrica, sejam prestados a preços módicos.

IV. Caso não seja possível assegurar esta modicidade com a lucratividade do serviço explorado através de concessão, é indispensável que o Estado subsidie a empresa concessionária. O que não pode haver é o repasse de todo o custo do serviço aos usuários, principalmente em situações de crise econômica e desemprego, como a vivida atualmente. A sociedade (consumidores e usuários de serviços públicos) não pode assumir sozinha os custos decorrentes da ineficiência estatal em solucionar as questões atinentes ao fornecimento de energia no País.

V. As razões invocadas pela Aneel para fundamentar o reajuste de mais de 40% da tarifa de energia elétrica (eventual elevação do custo médio de energia comercializada no Ambiente de Contratação Regulada (ACR-Médio) não pode sobrepor-se ao princípio administrativo que assegura, senão um preço módico, uma tarifa exigível do ponto de vista da saúde financeira dos brasileiros, o que enseja o reconhecimento de sua ilegalidade.

VI. A operacionalização de cálculo das contas de consumo é demorada por depender de diversos atos até a emissão e distribuição das faturas, razão pela qual deve ser modulada a decisão que deferiu em 12 de maio de 2016 o pedido de reconsideração dos agravados para que se exclua dos seus efeitos o corrente mês de maio.

VII. Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento, para excluir dos efeitos da decisão de primeiro grau que determinou a suspensão do ajuste de até 43,65% da tarifa de energia elétrica no Estado de Roraima autorizado pela Aneel o mês de maio de 2016.

(Agravo de Instrumento 0065414-52.2015.4.01.0000/RR, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 20/07/2016, p.1.309)

Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Caixa Econômica Federal (CEF). Dano moral. Dupla sena. Apostador que acertou os números da quadra. Prêmio. Significativa disparidade entre valor divulgado e o que foi pago. Falha técnica causadora do equívoco na divulgação do montante do prêmio a ser pago. Ocorrência admitida pela CEF. Ilegitimidade da casa lotérica para figurar no polo passivo da lide. Dano moral. Indenização fixada em valor ínfimo. Majoração. Honorários advocatícios. Julgamento. Preferência legal. Autor com mais de 60 anos de idade. Lei 10.741/2003. Art. 1.048, inciso I, do novo Código de Processo Civil (CPC).

I. Julgamento realizado em cumprimento à preferência reconhecida ao autor pela Lei 10.741/2003 e pelo art. 1.048, inciso I, do CPC/2015, por contar com mais de 60 anos.

II. Inicialmente, reputa-se correta a sentença no ponto em que extinguiu o processo, sem resolução de mérito, em relação à Casa Lotérica Sete da Sorte que, no caso, apenas agiu de acordo com as determinações emanadas da CEF, no que se refere ao valor que deveria ser pago em razão de o apostador haver acertado a quadra.

III. É relevante destacar que a própria CEF admitiu a ocorrência de falha técnica causadora do equívoco na divulgação do montante do prêmio a ser pago aos acertadores do Concurso 867.

IV. A alegação de que a Casa Lotérica Sete da Sorte deixou de comunicar aos apostadores informação emitida pela CEF contrasta com a documentação que instrui a lide, porquanto a instituição financeira somente notificou a 1ª requerida acerca das inconsistências relativas ao valor do prêmio, em 31/05/2010, em momento posterior à divulgação do resultado do sorteio, ocorrido em 28/05/2010.

V. A análise dos autos revela que o ora recorrente participou do Concurso 867 da Dupla Sena, tendo acertado os números da quadra, para o qual foi divulgado o pagamento de prêmio no valor de R\$ 110.374,81. Ao comparecer a uma casa lotérica, no entanto, para receber o aludido prêmio, foi informado de que o real montante da premiação não passava de R\$ 39,53.

VI. O juiz sentenciante reconheceu à parte-autora o direito à reparação por danos morais, ao entendimento de que os eventos em exame ultrapassaram o limiar da mera contrariedade, ao causar considerável dor moral em decorrência das expectativas alimentadas por pessoa de poucos recursos, que acabaram sendo frustradas, e, ainda, em razão da situação vexatória a que o demandante foi submetido, perante amigos e familiares, ao virar motivo de chacotas.

VII. A indenização fixada em R\$ 3.000,00 (três mil reais), todavia, não se mostra razoável, diante das circunstâncias do caso, razão por que é aumentada para R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

VIII. Os honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, devem ser suportados exclusivamente pela ré, Caixa Econômica Federal.

IX. Sem condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios recursais, considerando que o apelo foi interposto quando ainda vigia o Código de Processo Civil revogado.

X. Sentença parcialmente reformada.

XI. Apelação provida, em parte.

(Apelação Cível 0010031-11.2010.4.01.3801/MG, rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, unânime, *e-DJF1* de 25/07/2016, p. 628)

Administrativo. Ensino superior. Ingresso na universidade. Sistema de cotas raciais. Entrevista para aferição de traços negros. Não comparecimento do candidato. Descumprimento do edital. Sentença mantida.

I. A entrevista para aferição da adequação do candidato à concorrência especial das cotas raciais se afigura legal, desde que pautada em critérios objetivos de avaliação. “Não há, pois, ilegalidade na realização da entrevista. Contudo, o que se exige do candidato é a condição de afrodescendente e não a vivência anterior de situações que possam caracterizar racismo. Portanto, entendo que a decisão administrativa carece de fundamentação, pois não está baseada em qualquer critério objetivo [...] Considero que o fato de alguém ‘se sentir’ ou não discriminado em função de sua raça é critério de caráter muito subjetivo, que depende da experiência de toda uma vida e até de características próprias da personalidade de cada um, bem como do meio social em que vive. Por isso, não reconheço tal aspecto como elemento apto a comprovar a raça de qualquer pessoa.” (STF - ARE: 729611 RS, relator: Min. Dias Toffoli, data de julgamento: 02/09/2013, data de publicação: *DJe-176*, divulg. 06/09/2013, public. 09/09/2013).

II. Hipótese dos autos em que o autor não compareceu à entrevista e foi desclassificado sumariamente. Trata-se de descumprimento formal de regra do certame. Ademais, tal fase era de conhecimento prévio, pois constava expressamente no edital, razão pela qual sua irrisignação com tal determinação deveria ter sido feita via impugnação ao edital.

III. O prosseguimento do candidato no processo seletivo implicaria em violação ao princípio da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, pois ingressaria no ensino superior sem enfrentar avaliação imposta aos demais candidatos, enfraquecendo a expectativa de legalidade que se espera da Administração Pública.

IV. Recurso de apelação a que se nega provimento.

(Numeração única: 0002127-04.2009.4.01.3500, Apelação Cível 2009.35.00.002178-8/GO, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, *e-DJF1* de 25/07/2016, p. 620)

Constitucional. Remessa oficial. Ordem dos Advogados do Brasil. Inscrição. Lista sêxtupla. Quinto constitucional. TJGO. Exercício ininterrupto da advocacia por 10 anos. Requisito não elencado na Constituição Federal.

I. Impetrante que teve indeferida sua participação no processo seletivo para elaboração da lista sêxtupla a ser enviada pela OAB/GO ao TJGO por não possuir efetiva prática da advocacia por 10 anos ininterruptos ou que a interrupção tivesse sido requerida perante a Ordem, além de não ter entregado *curriculum vitae* assinado, conforme previsto nos arts. 5º e 6º do Provimento 102/2004-OAB.

II. A Constituição Federal estabeleceu em seu art. 94 os requisitos para o ingresso de advogados e membros do Ministério Público via indicação de lista sêxtupla pelo respectivo conselho de classe para ocupar um quinto das vagas de determinados tribunais. Para tanto, exigiu notório saber jurídico, reputação ilibada e efetiva atividade por mais de dez anos, sem fazer menção se estes devem ou não ser ininterruptos.

III. Cumpridos os requisitos constitucionais, a participação do impetrante no processo seletivo de lista sêxtupla é medida que se impõe, pois não cabe a ato normativo infraconstitucional estabelecer restrições além daquelas constitucionalmente previstas.

IV. Remessa oficial a que se nega provimento. Sentença mantida.

(Numeração única: 0028145-96.2008.4.01.3500, Reexame Necessário 2008.35.00.028637-2/GO, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 25/07/2016, p. 608)

Administrativo. Agravo de instrumento. Contrato de concessão para prestação de serviço público de transmissão de energia elétrica. Objeto contratual que inclui a construção, operação e manutenção de instalações de transmissões através da Floresta Amazônica. (I) Remuneração da empresa concessionária. Rendimento Anual Permitido – RAP. Atraso na entrada em operação do empreendimento e no termo inicial do pagamento pela Administração à concessionária. Reconhecimento pela Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel de ausência de responsabilidade da contratada pelo período que indica (410 dias). Culpa exclusiva da Administração Pública. Dever legal de recomposição da receita da RAP relativa ao período de atraso. Aplicação dos princípios constitucionais de proteção à livre empresa e da obrigação de reparação do dano pelo seu causador. Responsabilidade aquiliana do Estado. (II) Alteração nas condições técnicas de instalação e operação dos equipamentos e torres de transmissão de energia. Atraso no início de operação não imputável à concessionária. Elevação dos custos de manutenção e operação empresarial aplicado no empreendimento. Revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Pedido de elevação do valor contratual estabelecido para a RAP. Necessidade de instrução probatória. Exame da questão em curso no juízo de origem. (III) Contrato de concessão de crédito ajustado com o Banco da Amazônia S/A – Basa. Pedido de revisão sob alegada imprevisão no momento de início de operação dos serviços de transmissão e no recebimento da remuneração contratual. Posterior desistência do pedido. Posterior requerimento de exclusão da instituição financeira da lide. Prejuízo ao exame da causa nos autos. Agravo de instrumento da concessionária conhecido e provido em parte.

I. A revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão entabulado com a Aneel, ao argumento de que as agravantes-pessoas jurídicas concessionárias foram abaladas por circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis que acarretaram aumento dos encargos contratuais, notadamente em relação ao processo de licenciamento ambiental das obras, recomenda a realização de prévia instrução probatória e o exercício do contraditório entre as partes envolvidas no processo principal, com o fim de delimitação da recomposição do preço contratado e do reajuste da Receita Anual Permitida – RAP, o preço fixado para remuneração do contrato.

II. Na espécie, a declaração por parte da Aneel, em sede administrativa, de que parte do prazo de atraso na entrada em operação comercial do empreendimento não poderia ser atribuível às recorrentes, considerado o contexto de direito e de fato, esses últimos, fartamente registrados mediante prova documental, conduz ao entendimento da razoabilidade dos argumentos apresentados pelas concessionárias agravantes, sendo a opção legal de pagamento ou de não pagamento dos valores contratuais relativos a esse período valoração aplicada pela Administração, que no caso dos autos entendeu que não era devido o pagamento do preço do contrato no período de atraso no início de funcionamento do sistema, embora tenha essa responsabilidade da concessionária.

III. Demonstrado nos autos que o atraso, por 410 (quatrocentos e dez) dias, no início de operação de contrato de serviço público de transmissão de energia elétrica, cujo objeto contratual inclui a construção, operação e manutenção de instalações de transmissões através da floresta amazônica, deveu-se a fatos não imputáveis à concessionária contratada, como expressamente reconhece a Aneel (contratante), é devido o pagamento do preço do contrato relativo a esse interregno de tempo, sob pena de se infligir à pessoa jurídica contratada indevido prejuízo em sua atuação empresarial, em razão de eventos de responsabilidade exclusiva da própria Administração Pública.

IV. A denominada prevalência do interesse público sobre o interesse privado e a configuração de lesão à ordem pública são institutos que, embora relevantes e dotados de primazia no contexto de aplicação da lei, do direito e da jurisdição, não são, também retirados do controle de constitucionalidade e de legalidade que devem permear a formação de a execução de qualquer ato jurídico.

V. Aplicar a lei onde ela é devida, própria e adequada não resulta em priorização indevida do interesse privado em detrimento do direito público, e tampouco em violação do princípio da prevalência do interesse público sobre o particular.

VI. A desistência do recurso em relação a uma das partes inseridas no polo passivo da ação prejudica o exame da matéria litigiosa relativa, apenas, à parte que não mais integra a relação processual estabelecida nos autos, o que, na espécie, verifica-se com o Banco da Amazônia S/A.

VII. Agravo de instrumento conhecido e, em parte, provido, para determinar que sejam pagos às agravantes os valores da Renda Anual Permitida – RAP relativos ao período de atraso de 410 dias no início da prestação dos serviços contratados, o que deverá ser feito no prazo de 2 (dois) anos, proporcionando-se a quantia total devida em parcelas anuais, e estas, em subparcelas mensais, que deverão coincidir com o momento regular de pagamento do preço do contrato de concessão.

(AG 0047580-36.2015.4.01.0000/DF, rel. Desembargador Federal Kassio Marques, unânime, e-DJF1 de 05/08/2016, p. 1.780)

Sétima Turma

Processual Civil e Tributário. Sucessão empresarial. Adquirente com mesmo endereço, nome fantasia, empregados e objeto social. Antiga proprietária com função de gerência na nova empresa. Existência de sucessão. Cofins. Exclusão do ICMS da base de cálculo. Possibilidade. Não subsunção do ICMS ao conceito de faturamento. Prescrição quinquenal. Observância.

I. Tratando-se de sucessão empresarial, correta a sentença que reconheceu a sua existência, tendo-se em vista que, pelos documentos de fls. 141-145, vê-se que a antiga proprietária era parte integrante da sociedade da empresa Beto Supermercado Ltda., tendo-se retirado da sociedade pela alteração contratual de fls. 146-147. No entanto, manteve-se como gerente da nova empresa, explorando o mesmo ramo comercial. Vislumbra-se, ainda, que, no momento em que a firma individual fora aberta, com a saída da antiga proprietária da sociedade executada, o valor correlato ao estoque da empresa Beto Supermercado Ltda. foi reduzido a zero, como se depreende dos documentos acostados às fls. 169-178.

II. Evidencia-se, assim, a existência de sucessão empresarial, uma vez que a empresa embargante, não somente adquiriu o estabelecimento comercial da empresa devedora, mas manteve o mesmo endereço, nome fantasia, objeto social, empregados, etc.

III. Conforme disposição legal, a base de cálculo das contribuições para o PIS (Lei 10.637/2002) e para a Cofins (Lei 10.833/2003) é o faturamento, o qual foi equiparado ao total das receitas, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

IV. O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) — imposto retido pelo contribuinte por obrigação legal, sem que este suporte o ônus do pagamento porquanto o transfere para o contribuinte de fato —

não pode, efetivamente, ainda que se leve em conta o conceito amplo de 'todas as receitas obtidas pela pessoa jurídica', ser considerado faturamento.

V. Reconhecida, pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do art. 4º segunda parte, da Lei Complementar 118/2005, considera-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido. (CF. RE 566621/RS, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, *DJe* 11/10/2011, p. 273).

VI. Apelação parcialmente provida.

(Apelação Cível 0000809-24.2012.4.01.3809/MG, rel. Des. Federal José Amilcar Machado, unânime, *e-DJF1* de 24/06/2016, p. 1.262)

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução fiscal. Bem de família. (art. 1º da Lei 8.009/1990). Impenhorabilidade ainda que alugado e o executado residir em outro imóvel. Honorários advocatícios. Possibilidade. Sentença mantida.

I. O imóvel residencial próprio da família é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida contraída pelos cônjuges que sejam seus proprietários e nele residam, salvo raras exceções (art. 1º da Lei 8.009/1990).

II. O fato de o executado não residir no único imóvel pertencente à entidade familiar não afasta a impenhorabilidade do imóvel, sendo que este pode estar até mesmo alugado, porquanto a renda auferida pode ser utilizada para que a família resida em outro imóvel alugado ou, ainda, para a sua própria subsistência. Precedentes.

III. A condenação em verba honorária deve estar em conformidade com o disposto no art. 20, § 4º, do CPC, devendo ser fixada mediante juízo de equidade, com modicidade; observada, todavia, a justa remuneração dos procuradores.

IV. Verba honorária mantida nos termos da sentença recorrida.

V. Apelação não provida.

(Apelação Cível 0005745-98.2012.4.01.3807/MG, rel. Des. Federal Ângela Catão, unânime, *e-DJF1* de 24/06/2016, p. 1.261)

Apelação Cível. Tributário. Imposto de Renda. Reclamação trabalhista. Obrigações não salgadas em época própria. Pagamento único aglomerado. Art. 43 do CTN. Lei do tempo do fato gerador. Juros moratórios. Não incidência. Prescrição. Correção monetária. Honorários de advogado.

I. O Pleno do STF (RE 566.621/RS), sob o signo do art. 543-B do CPC/1973, atual art. 1.036 do CPC, que concede ao precedente extraordinária eficácia vinculativa que impõe sua adoção em casos análogos, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, declarando a prescrição quinquenal às ações repetitivas ajuizadas a partir de 09/JUN/2005.

II. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em procedimento de recurso repetitivo, o cálculo do Imposto de Renda incidente sobre os benefícios pagos acumuladamente deve ser efetuado conforme as regras vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos (REsp 1118429/SP).

III. O Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, decidiu que: "A percepção cumulativa de valores há de ser considerada, para efeito de fixação de alíquotas, presentes, individualmente, os exercícios envolvidos" (RE 614406).

IV. Em face da sua natureza indenizatória, não incide Imposto de Renda sobre os juros de mora.

V. À restituição aplica-se apenas a taxa Selic, uma vez que os valores a serem restituídos são posteriores a janeiro de 1996.

VI. Verba honorária fixada em 10% da condenação, em desfavor da FN (valor da causa: R\$ 137.106,74).

VII. Apelação parcialmente provida e remessa oficial não provida.

(Apelação/Reexame Necessário 0003145-40.2012.4.01.3311/BA, rel. Des. Federal Ângela Catão, unânime, e-DJF1 de 29/07/2016, p. 553)

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução. IPTU. Imóvel pertencente à Rede Ferroviária Federal. Sucessão pela União. Imunidade. Inexistência. Entendimento do Supremo Tribunal Federal. Recurso provido.

I. Nos termos do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a imunidade tributária recíproca não exonera o sucessor das obrigações tributárias relativas aos fatos jurídicos tributários ocorridos antes da sucessão (aplicação “retroativa” da imunidade tributária). Recurso extraordinário ao qual se dá provimento. (RE 599176, rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 05/06/2014, acórdão eletrônico repercussão geral – mérito DJe-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014).

II. Hipótese em que a RFFSA — sociedade de economia mista — foi extinta em 22/01/2007, e a União a sucedeu nos direitos, obrigações e ações judiciais, nos termos do art. 2º da Lei 11.483/2007, sendo devido, portanto, o pagamento do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, relativamente ao período em que o imóvel pertencia à RFFSA.

III. Apelação a que se dá provimento.

(Numeração única: 0021505-16.2009.4.01.3800, Apelação Cível 2009.38.00.022132-0/MG, rel. Des. Federal José Amilcar Machado, e-DJF1 de 19/08/2016, p. 3.592)

Oitava Turma

Administrativo. Tributário. Ação civil pública. Cláusula contratual de concessão de telefonia fixa. Reajuste de tarifa. Adoção do índice IGP-DI. Legalidade. Anatel. Princípio da segurança jurídica e do equilíbrio econômico-financeiro. Sentença mantida.

I. O reajuste tarifário realizado em consonância com o contrato de concessão do serviço de telefonia fixa está amparado pelos princípios da legalidade e segurança jurídica.

II. Nos contratos de qualquer espécie e, principalmente, nos contratos administrativos de concessão de serviços públicos, a aplicação do princípio da modicidade deve observar a razoabilidade e o equilíbrio econômico-financeiro, sem o que não se sustentaria a prestação do serviço.

III. A Resolução 426 da Anatel, de 09/12/2005, no art. 42, dispõe sobre a possibilidade de alteração do índice de reajuste de tarifas, mas estabelece, também, a condição de que sejam sempre observadas as cláusulas do contrato previamente estabelecidas.

IV. Apelação a que se nega provimento.

(Numeração única: 0008704-80.2004.4.01.3400, AC 2004.34.00.008724-2/DF, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, unânime, e-DJF1 de 24/06/2016, p. 1.878)

Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução fiscal. Renajud. Bloqueio de ativos via sistema BacenJud. Cédula de crédito rural. Cessão do crédito em favor da União. Inclusão na dívida ativa. Possibilidade. Dívida garantida por escritura pública. Possibilidade.

I. Os créditos rurais originários de operações financeiras — alongadas ou renegociadas, nos termos da Lei 9.138/1995 — cedidos à União por força da Medida Provisória 2.196-3/2001 estão abarcados no conceito de Dívida Ativa da União para efeitos de execução fiscal, não obstante a natureza pública ou privada dos créditos em si, conforme dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei 6.830/1980.

II. A garantia oferecida em escritura pública no ato da aquisição da dívida é suficiente para impedir o bloqueio de valores nas contas bancárias dos exequentes e permitir a interposição de embargos à execução.

III. Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento.

(Agravo de Instrumento 0049169-63.2015.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, unânime, e-DJF1 de 30/06/2016, p. 1.653)

Tributário. Mandado de segurança. Rendimentos decorrentes de operações financeiras. Hedge. Swap. Imposto de Renda. Art. 5º da Lei 9.779/1999 e art. 43 do CTN. Constitucionalidade.

I. Os rendimentos decorrentes das operações financeiras, mesmo as de cobertura *hedge* e *swap*, configuram disponibilidade econômica, inserindo-se na hipótese de incidência do Imposto de Renda, nos termos definidos pelo art. 43 do Código Tributário Nacional.

II. Apelação a que se nega provimento.

(Numeração única: 0013272-22.2002.4.01.3300, Apelação Cível 2002.33.00.013256-0/BA, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, unânime, e-DJF1 de 08/07/2016, p. 3.169)

Processual Civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Ação de execução para cobrança exclusiva dos honorários advocatícios. Inexistência de convenção entre as partes sobre a titularidade do direito aos honorários. Art. 23 da Lei 8.906/1994. Superveniência de convenção em favor da empresa autora. Inaplicabilidade para a ação que tramita no interesse exclusivo do advogado.

I. Pertencem ao advogado os honorários de sucumbência fixados judicialmente, exceto quando houver convenção que estabeleça de outro modo entre os contratantes.

II. Proposta a ação de execução para cobrança exclusiva dos honorários de advogado, convenções supervenientes não alcançam o direito do advogado nessa execução.

III. Agravo regimental a que se dá provimento, para negar provimento ao agravo de instrumento.

(AgRAI 0028212-80.2011.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, unânime, e-DJF1 de 15/07/2016, p. 578)

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental em agravo de instrumento. Execução fiscal. Art. 557 do CPC/1973. Aplicabilidade. Penhora sobre o faturamento da empresa. Impossibilidade. Não comprovação da capacidade financeira da empresa. Percentual que inviabiliza o funcionamento da empresa. Precedentes deste Tribunal e do STJ. Agravo regimental não provido.

I. De acordo com o disposto no art. 557 do CPC/1973, “o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

II. Incabível a penhora sobre o faturamento da empresa, quando não comprovada a capacidade econômico-financeira da executada para suportar a constrição, tampouco que o percentual requerido se encontra em patamar considerado viável à manutenção do funcionamento da empresa. Precedentes do TRF da 1ª Região e do Superior Tribunal de Justiça.

III. Agravo regimental não provido.

(Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 0070633-46.2015.4.01.0000/TO, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, unânime, e-DJF1 de 15/07/2016, p. 706)

Direito Tributário. IOF. Incidência sobre ingresso de divisas decorrentes de empréstimo em moeda estrangeira. Incidência.

I. A liquidação do câmbio decorrente de empréstimos externos consiste em evento abrangido pela base de incidência legal delineada pelo art. 63 do CTN.

II. O Decreto-Lei 1.783/1980 definiu as alíquotas e os contribuintes do imposto, entre os quais os compradores de moeda estrangeira e os adquirentes de títulos mobiliários.

III. Os Decretos 1.591/1995 e 1.815/1996 não criaram a hipótese de incidência da exação. Limitaram-se a regulamentar aquela já prevista no art. 63 do CTN, cujas alíquotas e contribuintes foram definidos pelo Decreto-Lei 1.783/1980.

IV. Apelação a que se nega provimento.

(Numeração única: 0016737-25.2005.4.01.3400, Apelação Cível 2005.34.00.016769-2/DF, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, unânime, e-DJF1 de 15/07/2016, p. 534)

Tributário e Administrativo. Anulatória de débito fiscal. Quebra de sigilo bancário. Depósitos bancários. Origem dos recursos não comprovada. Omissão de receita. Cerceamento de defesa não configurado.

I. A comprovação de que o contribuinte teve inequívoca ciência do procedimento fiscal contra si instaurado afasta a alegação de nulidade das intimações a ele dirigidas.

II. Não é nula a decretação judicial da quebra de sigilo motivada por inconsistência existente entre as declarações de Imposto de Renda apresentadas pelo contribuinte e sua movimentação financeira.

III. Nos termos do art. 42 da Lei 9.430/1996, caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Incumbe ao contribuinte, portanto, o ônus de comprovar a origem dos depósitos realizados em contas de sua titularidade, a fim de ilidir a presunção de que se trata de renda omitida.

IV. No julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1134655/SP — no sentido de que a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/1990 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no art. 144, § 1º, do CTN —, bem como o recente julgamento, pelo STF, da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 601314/SP — que declarou constitucional a previsão contida no art. 6º da LC 105/2001 —, encontra-se superada a disposição constante do Enunciado 182 da Súmula do extinto TFR.

V. A disposição constante do Enunciado 182 da Súmula do extinto TFR encontra-se superada diante do julgamento, pelo STJ, do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1134655/SP — no sentido de que a quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/1990 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no art. 144, § 1º, do CTN —, bem como do recente julgamento, pelo STF, da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 601314/SP, que declarou constitucional a previsão contida no art. 6º da LC 105/2001.

VI. Nas causas em que não houver condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados com base na equidade.

VII. Apelação da Fazenda Nacional a que se nega provimento e apelação do autor a que se nega provimento.

(Numeração única: 0025213-23.2003.4.01.3400, Apelação Cível 2003.34.00.025224-5/DF, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, unânime, e-DJF1 de 05/08/2016, p. 1.976)

Processual. Tributário. Mandado de segurança. Fundaf. Ressarcimento dos custos das atividades extraordinárias de fiscalização em entrepostos de uso público. Natureza jurídica de taxa. Atividade típica estatal. Compulsoriedade. Poder de polícia alfandegária. Decreto-Lei 1.455/1976. IN/SRFB 48/1996.

I. O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária (Enunciado 213 da Súmula do STJ).

II. À luz do art. 145, II e § 2º, da CF/1988, e dos arts. 77 a 79 do CTN, entende-se por taxa a espécie tributária que tem por fato gerador a atuação estatal decorrente do exercício do poder de polícia ou da utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

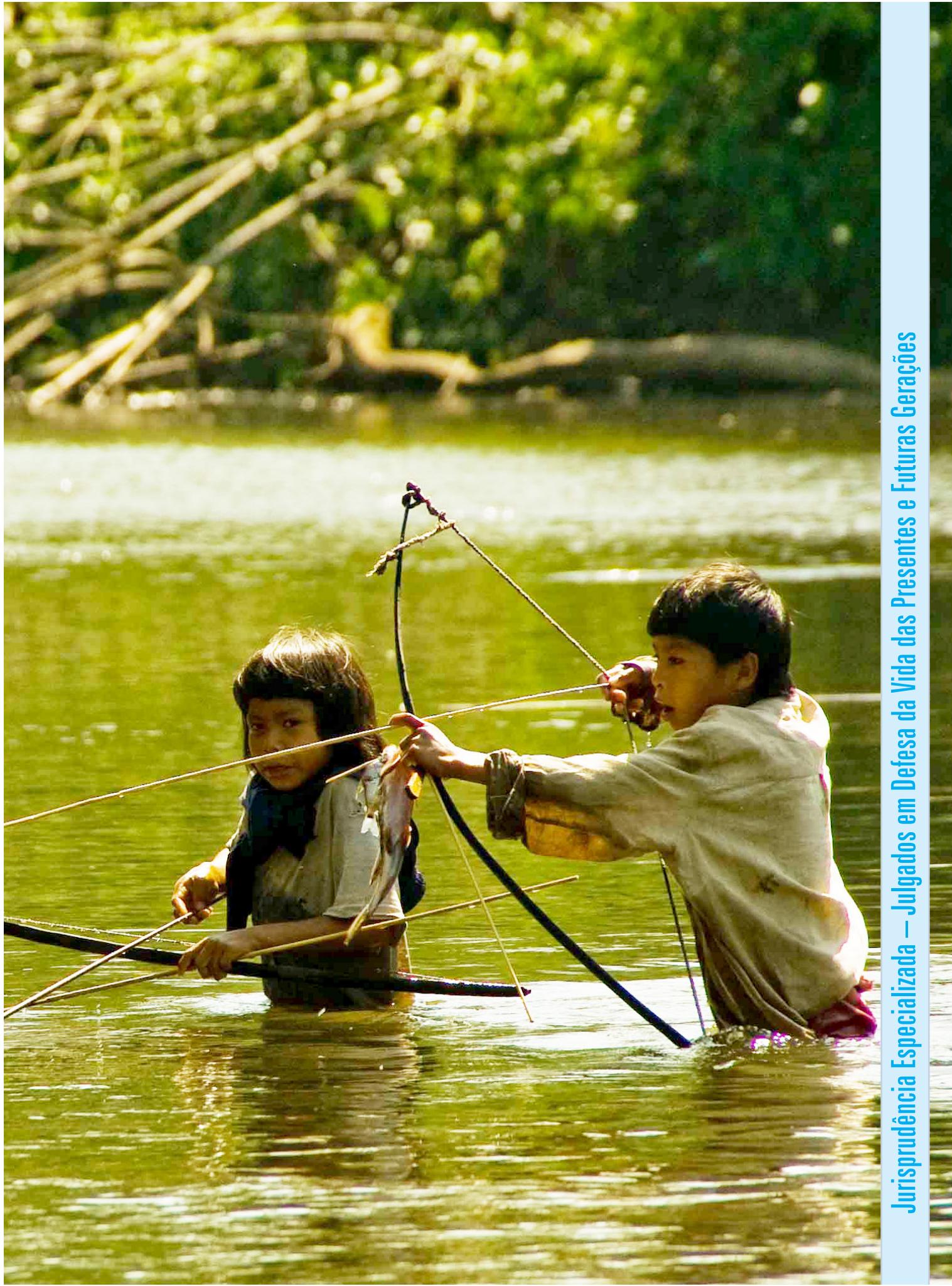
III. A fiscalização exercida nas áreas alfandegárias dos portos constitui atividade estatal típica, compulsória e decorrente do exercício do poder de polícia alfandegário, e sua remuneração não se caracteriza como preço público, mas como taxa.

IV. A taxa — considerada tributo — está sujeita às limitações do poder de tributar previstas na Constituição, e sua hipótese de incidência deve ter base de cálculo, alíquota e contribuintes fundamentados em lei, em face do princípio da legalidade (art. 150, I, da CF, combinado com o art. 97 do CTN).

V. Os elementos constitutivos do Fundaf, previstos no Decreto-Lei 1.455/1976 e no Decreto 91.030/1985, não mais subsistem ante o disposto no art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

VI. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial a que se nega provimento.

(Apelação/Reexame Necessário 0004533-77.2014.4.01.3902/PA, rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, e-DJF1 de 19/08/2016, p. 3.904)



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



Prezado leitor, consulte os acórdãos na íntegra das respectivas ementas publicadas nesta edição em nosso endereço eletrônico www.trf1.jus.br, *link* jurisprudência/inteiro teor.

Agravo de Instrumento 0042106-84.2015.4.01.0000/PA

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Decisão

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juízo da Vara Federal da Subseção Judiciária de Redenção/PA, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra Companhia Vale do Rio Doce S/A, Mineração Onça Puma, o Estado do Pará e a Fundação Nacional do Índio – Funai, em que se busca a concessão de antecipação da tutela, no sentido de que seja ordenada, liminarmente, a cessação da exploração de atividades minerárias do Empreendimento Onça Puma – MOP, de propriedade da primeira promovida.

Na decisão agravada, o juízo monocrático, reconsiderando o *decisum* inicialmente proferido nos aludidos autos, deferiu, em parte, o pedido de antecipação da tutela formulado nos autos, com estas letras:

Trata-se de Ação Civil Pública formulada pelo Ministério Público Federal em face da Vale S/A e sua subsidiária Mineração Onça Puma, incluindo-se ainda o Estado do Pará e a Funai, objetivando liminarmente a cessação da exploração mineral até que sejam cumpridas as condicionantes para o desenvolvimento da atividade de exploração, concernentes à regularidade da licença ambiental, juntamente com a implantação de medidas compensatórias e mitigadoras às comunidades indígenas dos Xicrins e Kayapós.

2. A inicial veio acompanhada de inquérito civil público, estudo etneológico na terra do Indígena Xikrin do Cattê, parecer técnico da Secretaria executiva do Meio ambiente do Estado do Para e relatório da Funai.

3. A liminar foi indeferida às fls. 1.441/1.445, fundada na inexistência de indicação objetiva do risco de ineficácia do provimento ante a genérica alegação de urgência, acrescida do conhecimento do desenvolvimento das atividades desde 2008, ato que conspiraria contra a alegação de urgência.

4. A decisão foi agravada pelo Ministério Público Federal (agravo 0034266-91.2013.4.01.0000 PA), ainda pendente de julgamento perante o Tribunal.

5. O feito foi contestado às fls. 1.456/1.509 pela Vale S/A e Mineração Onça Puma às fls. 1.310/1.326 pelo Estado do Pará e às fls. 1.876/1.883 pela Funai.

6. Ainda no momento de produção de provas, foram juntados os documentos deferidos, ficando pendente a produção de prova testemunhal intentada pelo Estado do Pará e Vale S/A, como também a apreciação de pedido formulado pelo estado do Pará para a realização da prova pericial, o qual será avaliado em momento oportuno.

7. O Ministério Público Federal apresentou pedido de reconsideração às fls.2.007/2.025 em relação a liminar indeferida.

8. Já às fls. 2.032/2.038 e 2.053/2.056, as Associações indígenas BAYPRÁ em defesa do povo do Xikrin do Odja e POREKRÔ em defesa do povo Xikrin do Catetê, requereram, respectivamente, o ingresso na lide como Assistentes Litisconsorciais ativos.

9. Em síntese, é que resta ser apreciado, portanto, decido.

II- FUNDAMENTAÇÃO

a) Da Assistência Litisconsorcial Ativa

10. Associações indígenas BAYPRÁ em defesa do povo do Xikrin do Odja e POREKRÔ em defesa do povo Xikrin do Catetê, requereram o seu ingresso como litisconsortes ativos facultativos, fundamentando a intervenção como a única forma de garantir os direitos aos indígenas, previstos na Constituição Federal, por identidade temática, em defesa do povo Xikrin.

11. Na assistência litisconsorcial, terceiro pode integrar no litígio a qualquer tempo, desde que presente o pressuposto do interesse jurídico no feito.

12. Assim, nos termos do art. 51 do CPC, e ante a autorização expressa do art. 5º, 92º da lei 7.347/85, dever ser aberto o prazo de 5 (cinco) dias para eventuais impugnações.

13. Analisada a solicitação de intervenção, passo a apreciar o pedido de reconsideração do MPF.

b) Do Pedido Reconsideração Formulado pelo Ministério Público Federal

14. O Ministério Público Federal sustenta que a companhia Vale S/A, desde 2005, quando apresentou o estudo Etnológico, possuía ciência do seu dever em elaborar um plano de gestão econômica para as aldeias dos Xikrins e Kayapós, no intuito de minimizar os impactos gerados pela mineração em área próxima ao território destes. Entretanto, com a licença de operação concedida em 2008, à revelia da implementação do plano de gestão, até a presente data, a Vale não elaborou nem executou qualquer plano condizente com o estudo etnológico.

15. Aduz que ante a ausência da implementação desses planos de gestão, as aldeias estariam sendo prejudicadas, não só pela utilização das áreas próximas da habitação das tribos, como também porque a população vem sofrendo diversos efeitos deletérios da intervenção do homem junto às comunidades indígenas.

16. O artigo 273 do Código de Processo Civil autoriza o juiz a antecipar os efeitos do provimento jurisdicional de mérito, em qualquer fase processual até o julgamento de decisão definitiva, desde que presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) verossimilhança das alegações, a ser demonstrada através de prova inequívoca (probabilidade do direito alegado); b) fundado receio de dano irreparável ou manifesto intuito protelatório da defesa.

17. Uma das bases jurídicas da política indigenista advém da convenção 169, de que trata da Organização Internacional do Trabalho, sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, no sentido de que os governos deverão assumir as responsabilidades em desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

18. A Constituição da República Federativa Brasileira, em seus artigos 231 e 232, reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens, mantendo o Ministério Público atuação interviniente em todos os atos afetos aos seus interesses.

19. A Constituição ainda trata na competência para organização do estado, art. 23 e seguintes, ser de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios preservar as florestas, a fauna e a flora, competindo à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

20. Seu art. 225 emana que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III- definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII- proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. § 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. § 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. § 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. § 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

21. Surge ainda a Lei nº 7.347 de 24.07.1985 que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente ao consumidor a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

c) Do empreendimento

22. O Projeto Mineração Onça Puma da Vale é um empreendimento de lavra, processamento e transporte de minério de níquel em processo de extração mineral junto às Serras Onça e Puma, localizadas na microrregião de São Félix do Xingu, na sub-bacia do Rio Cateté. Dado potencial impacto na Terra indígena Xikrin do Catete, a Funai solicitou a elaboração de estudos, dos quais identificou-se que o empreendimento não se sobreporia às terras indígenas, de modo que a competência do licenciamento passou a ser do Estado do Pará...

d) Das Responsabilidades

23. A responsabilidade do Estado do Pará é atribuída pelo MPF, sob o argumento de que este, por intermédio de sua Secretaria do Meio Ambiente agiu, de forma omissa no que toca à fiscalização do empreendimento relativamente ao cumprimento das condicionantes previstas nos licenciamentos ambientais referentes à exploração de níquel nas proximidades das terras indígenas dos Xikrin e Kayapós, concedendo as licenças, sem o cumprimento das condicionantes, das quais, em plano elaborado pela Funai já tinha ciência, principalmente no que se refere à condicionante nº 16.

24. A condicionante nº 16 trata que empreendedor deveria apresentar propostas de planos e programas de prevenção/compensação às comunidades indígenas, bem como o instrumento que norteariam a execução dos mesmos, bem como o resultado da avaliação realizada pela Funai, sobre os impactos nas TIs na área de influência do empreendimento.

25. A responsabilidade da Funai cinge-se em torno de sua atuação omissa, pois, teria contribuído para perpetração da conduta ilícita, uma vez que não apresentou os estudos necessários para o órgão licenciador do Estado do Pará, o que mostra que nem a Funai, tampouco as comunidades indígenas, foram ouvidas pela Secretaria do Meio Ambiente do Estado do Pará antes da concessão das licenças.

e) Das Necessidades dos Planos de Gestão

26. As relações nacionais atualmente ligadas à gestão territorial e ambiental de terras indígenas tem demonstrado a necessidade de fortalecimento das estratégias tradicionais de gestão dos territórios indígenas para garantir a integridade de suas terras e o controle sobre o acesso ao território, no que se refere às mudanças nos sistemas do padrão de ocupação, uso do território, alteração no meio ambiente e na qualidade e disponibilidade dos recursos naturais das aldeias afetadas pela atuação do homem ligado a sociedade capital.

27. O tema em questão propõe acentuada inclinação na esfera da preservação da cultura e sobrevivência das entidades indígenas e o meio ambiente.

28. A busca na reparação e compensação das comunidades indígenas afetadas pelo empreendimento Mineração Onça Puma, incorporada da Vale S/A, em virtude do descumprimento de uma das condicionantes da licença prévia exigida pela Funai se mostra legítima.

29. A apresentação de planos e programas de prevenção, mitigação e compensação às comunidades atingidas pelo empreendimento são de extrema necessidade como forma de apoiar o uso dos recursos naturais, valorizando e reconhecendo os conhecimentos indígenas associados à conservação da biodiversidade e manutenção da cultura social étnica.

30. O Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 183.188, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, que a Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, § 2º, § 3º e § 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

f) Dos estudos e Aspectos Encontrados

31. O estudo etneológico apresentado em julho de 2005 (fls. 49/186), em relatório final, apontou que os Xikrins conhecem profunda e detalhadamente o seu meio ambiente, manejando técnicas diversificadas e sofisticadas de sobrevivência. Aponta ainda, que em que pese o radical processo de mudanças, a atuação do empreendimento tem efeitos cumulativos na medida do avanço da usina, considerada muito próxima da região das aldeias.

32. Em decorrência da localização da usina, outro aspecto relevante se encontra não apenas na intensificação dos ruídos e na poluição do ar, mas especialmente, no impacto ocasionado sobre o rio Cateté, rio perene do qual as comunidades dependem totalmente em termos e, ao fim e ao cabo, para sua sobrevivência, decorrentes das suas raízes culturais.

33. Ao se analisar os inúmeros e extensos relatórios trazidos pela Vale S/A, juntados aos anexos I, II, III, IV, V e VI, verifica-se que, em que pese a existência de metas, indicadores, previsão de custos, análises prévias com cancelamento da Funai, não se constata qualquer medida efetiva implementada, com resultados objetivos, referentes ao plano de gestão econômica, para autossustentabilidade das comunidades indígenas, em razão dos impactos ocasionados pelo empreendimento em torno das aldeias, as quais estão sofrendo diretamente os efeitos da atuação empresarial para manutenção de sua sobrevivência.

34. Outro ponto que vejo como mais proeminente, a ser debruçado nesta análise, surge a partir do relatório trazido pela Funai, juntado às fls. 2.026/2.028, acerca da qualidade da água no Rio Cateté no trecho situado no interior da Terra Indígena Xikrin do Cateté, apontando que o projeto incide sobre diversos corpos hídricos que são drenados do rio, os quais, dentre as monitorações de sua água, constatou-se a ocorrência de concentração de metais fora dos limites estabelecidos ainda em 2013.

35. Constatou-se ainda que no ano de 2014 houve um aumento anormal de casos de malformação de recém-nascidos entre as mulheres do povo Xikrin do Cateté, confirmada a ocorrência de seis casos nos últimos 3 anos.

36. Assim, o perigo da demora vem se intensificando com o decorrer do tempo, através dos impactos ocasionados ao meio ambiente e às comunidades indígenas dependentes destes bens naturais. Já a fumaça do bom direito, surge a partir da

ausência de comprovação de implementação dos próprios planos advindos dos estudos sociais das comunidades, as quais, neste momento, entendo que devem ser compensadas pelas omissões e efeitos decorrentes da atuação da Vale S/A.

37. Portanto, atribuir a celeuma à comunidade indígena, no sentido de que o plano de gestão mais específico não fora implementado por ser de sua responsabilização, não se coaduna com o mínimo razoável, ganhando um caráter de verdadeiro desrespeito em relação ao meio ambiente, seja em relação com as aldeias indígenas, até porque o pedido entre a emissão da licença de operação (2008) até o momento, perfaz o total de quase 10 anos, o que antes se falava em dano provável, hoje o dano já se mostra concreto e intensificado em razão da demora de medidas mitigadoras eficazes.

38. Portanto, deve a Vale S/A urgentemente iniciar as medidas de compensação, que, por ora, de forma temporária, até a efetivação, entendo como suficiente o pagamento de prestação financeira mensal, para permitir que os índios acautelem suas necessidades primárias, sem prejuízo de reanálise dessa decisão, a fim de que, de fato, os bens jurídicos das partes versados neste litígio sejam todos amparados, observando-se o princípio da proporcionalidade aplicado em cotejo entre o desenvolvimento sustentável e as variáveis do componente indígena e ambiental, devendo a Vale internalizar as externalidades.

III – CONCLUSÃO

39. Ante o exposto, entendo como legítima a formulação do pedido de reconsideração apresentado pelo Ministério Público Federal, no sentido de se resguardar as comunidades indígenas dos efeitos danosos não apenas sobre a contaminação dos rios, como também dos efeitos sobre fauna e flora.

40. Assim, analisando este caderno processual, vejo presente o fumus boni iuris e o periculum in mora, e com fundamento no artigo 273 do Código de Processo Civil, deve ser deferida a liminar, de modo em que, DETERMINO que a Vale S/A realize depósitos mensais para cada comunidade indígena atingida, a título de quantia pecuniária para compensação das medidas do Plano de Gestão ainda não implementadas, no valor correspondente ao dobro da média inicial regional do programa Bolsa Família no Norte do país no ano de 2015, em razão da dificuldade de acesso dos indígenas, atribuída pelo Ministério do Desenvolvimento Social, calculada proporcionalmente sobre cada integrante de cada comunidade, independentemente da idade, até o 5º (quinto) dia útil de cada mês, a ser comprovado trimestralmente nos presentes autos, sob pena de incidência de multa equivalente ao triplo de cada prestação devida por dia de atraso.

41. A valoração fixada tem referência extraída da estatística disponibilizada pelo Ministério do Desenvolvimento Social, o qual atribuiu estatisticamente à quantia de R\$ 189,65 ao primeiro pagamento de 2015. A compensação pecuniária em dobro, R\$ 379,30 (trezentos e setenta e nove e trinta), fica fixada em razão da dificuldade de acesso das tribos às cidades, portanto, estabelecida proporcionalmente, de acordo com o relatório preliminar da população das aldeias:

42. Aldeia do Djudjekô: População total 388 (trezentos e oitenta e oito) pessoas, valor da indenização R\$: 147.168,40 (cento e quarenta e sete mil cento e sessenta e oito reais e quarenta centavos).

43. Aldeia do Cateté: População total 645 (seiscentos e quarenta e cinco) pessoas, valor da indenização R\$: 244.648,00 (duzentos e quarenta e quatro mil seiscentos e quarenta e oito reais).

44. Aldeia do Ô-o-djã: População total 67 (sessenta e sete) pessoas, valor da indenização R\$: 25.413,10 (vinte e cinco mil quatrocentos e treze e dez).

45. Fica o Ministério Público Federal responsável pela fiscalização das verbas destinadas às aldeias.

46. Intimem-se os demandados no feito, para que no prazo de 5 (cinco) dias, caso queiram, apresentem as impugnações necessárias ao pedido de assistência.

Em suas razões recursais, sustenta o Ministério Público Federal, em resumo, que, a despeito do juízo monocrático ter reconhecido a efetiva ocorrência dos impactos etnoambientais decorrentes da implementação do empreendimento descrito no feito de origem, do que resultou, inclusive, além de outros malefícios aos membros das comunidades indígenas atingidas, empecilhos ao seu modo de vida, decorrentes da má qualidade da água do Rio Cateté, que servia para pesca e banho, entre outras atividades, mas, também, afetou a fauna utilizada para caça e a própria cultura dos povos indígenas da região, além do valor arbitrado na decisão agravada, correspondente ao dobro do valor da Bolsa Família instituída pelo Governo Federal, na região Norte do País, num montante de R\$ 379,30 (trezentos e setenta e nove reais e trinta centavos), afigurar-se insuficiente para a manutenção da subsistência dos membros de tais comunidades, impõe-se, na espécie, a imediata suspensão das atividades de mineração no empreendimento descrito nos autos, até que seja comprovada a implementação do Plano de Gestão Econômica e das demais medidas compensatórias para as aludidas comunidades indígenas, determinando-se, ainda, até lá, o depósito mensal de quantia pecuniária, a título de compensação pela ausência da adoção dessas medidas, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por aldeia, a ser revertido às aludidas comunidades.

A decisão aqui impugnada também foi objeto de impugnação, nos autos do AI 0033323-06.2015.4.01.0000/PA, interposto pela Associação Indígena Bayprã de Defesa do Povo Xikrin do O-odja e pela Associação Indígena Porekrô de Defesa do Povo Xikrin do Cateté, postulando-se a elevação do valor do depósito ordenado pelo juízo monocrático.

Ao examinar o pedido de antecipação da tutela recursal formulado no aludido feito, pronunciei-me com estas letras:

Com visto, a tutela jurisdicional deferida pelo juízo monocrático possui natureza eminentemente precautiva e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravo, manifestada nas letras e na inteligência do art. 273, § 7º, do CPC, de forma a garantir às famílias indígenas descritas nos autos o mínimo necessário à sua subsistência, diante do gravíssimo quadro fático noticiado nos autos, decorrente dos impactos etno-ambientais resultantes da implementação do empreendimento descrito na inicial, aliado ao fato de que, decorridos anos desde então, até o presente momento, não teriam sido implementadas todas as condicionantes para o desenvolvimento da atividade de exploração mineral em referência, concernentes à regularidade da licença ambiental, nem tampouco, a implantação das medidas compensatórias e mitigadoras de tais impactos, no seio das comunidades indígenas atingidas, prestigiando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, afinando-se, ainda, com a orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito deste egrégio Tribunal, no sentido de que “a tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a conseqüente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais, o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20)” e de que “nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei”, em harmonia com o disposto no artigo 6º, item 1, alíneas a e b, da Convenção nº 169 – OIT”. (AG 0076857-68.2013.4.01.0000 / MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.388 de 13/06/2014).

Assim posta a questão, não merece reparos, em princípio, a decisão agravada, no ponto em que reconheceu, em caráter precário, o direito postulado no feito de origem, de forma a atenuar, ainda que provisoriamente, os reflexos danosos dos impactos etno-ambientais suportados pelas comunidades indígenas indicadas nestes autos, por se afinar com as garantias constitucionais acima apontadas.

Há de ver-se, porém, que o valor fixado pelo juízo monocrático, em valor correspondente ao dobro da média inicial regional do programa Bolsa Família, estipulada para a Região Norte do país, no montante de R\$ 379,30 (trezentos e setenta e nove reais e trinta centavos), calculado, proporcionalmente, sobre cada integrante de cada comunidade, independentemente da idade, afigura-se, em princípio, insuficiente para o custeio das despesas básicas dos membros de tais comunidades, mormente em face da circunstância de que a prática de caça e pesca de que dispunham encontra-se obstada, em virtude dos aludidos impactos etno-ambientais decorrentes da implantação do mencionado empreendimento minerário, afigurando-se-me razoável, num exame superficial, a sua fixação no valor almejado pelas recorrentes, qual seja, em quantia correspondente ao dobro do salário mínimo vigente, totalizando R\$ 1.576,00 (hum mil, quinhentos e setenta e seis reais), para cada integrante de cada comunidade, independentemente da idade, por se adequar, ainda que não satisfatoriamente, à realidade sócio-econômica de nosso país, até ulterior deliberação judicial, e até porque a extração mineral, noticiada nos autos, na sub-bacia do Rio Cateté, com impactos negativos nas terras indígenas Xikrin do Cateté e Xikrin do O-Odja, deveria resultar, por determinação constitucional, na aferição do direito das comunidades indígenas afetadas, em participar do resultado da lavra do mineral perseguido pela empresa multinacional Vale do Rio Doce (CF, art. 231, § 3º).

Com estas considerações, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial, para elevar o valor dos depósitos mensais ordenados na decisão agravada para o montante de R\$ 1.576,00 (hum mil, quinhentos e setenta e seis reais), para cada integrante de cada comunidade, independentemente da idade, observada a forma de distribuição estabelecida no aludido decisum, devendo a quantia aqui estipulada ser depositada perante o juízo do feito, em conta judicial junto à Caixa Econômica Federal, para essa específica finalidade e posterior levantamento pelas comunidades indígenas beneficiárias, por intermédio de seus respectivos representantes legais constituídos nos autos, a se efetivar tal depósito judicial, a partir do dia 05 (cinco) de julho do corrente ano, sob pena da multa coercitiva fixada na decisão agravada, até ulterior deliberação judicial.

Como visto, a decisão agravada, no ponto em que reconheceu, em caráter precário, o direito postulado no feito de origem, de forma a atenuar, ainda que provisoriamente, os reflexos danosos dos impactos etnoambientais suportados pelas comunidades indígenas indicadas nestes autos, restou mantida, por este Tribunal, ainda que em sede provisória, nos autos do agravo de instrumento em referência.

De igual forma, desde que o próprio juízo monocrático reconheceu a efetiva ocorrência dos impactos etnoambientais decorrentes da implementação do empreendimento descrito no feito de origem, do que resultou, inclusive, além de outros malefícios aos membros das comunidades indígenas atingidas, empecilhos ao seu modo de vida, decorrentes da má qualidade da água do rio Cateté, que servia para pesca e banho, entre outras atividades, afetando, ainda, a fauna utilizada para caça e a própria cultura dos povos indígenas daquela região, conforme se extrai do seguinte trecho da decisão agravada:

[...]

Ao se analisar os inúmeros e extensos relatórios trazidos pela Vale S/A, juntados aos anexos I, II, III, IV, V e VI, verifica-se que, em que pese a existência de metas, indicadores, previsão de custos, análises prévias com cancelamento da Funai, não se constata qualquer medida efetiva implementada, com resultados objetivos, referentes ao plano de gestão econômica, para autossustentabilidade das comunidades indígenas, em razão dos impactos ocasionados pelo empreendimento em torno das aldeias, as quais estão sofrendo diretamente os efeitos da atuação empresarial para manutenção de sua sobrevivência.

Outro ponto que vejo como mais proeminente, a ser debruçado nesta análise, surge a partir do relatório trazido pela Funai, juntado às fls. 2.026/2.028, acerca da qualidade da água no Rio Cateté no trecho situado no interior da Terra Indígena Xikrin do Cateté, apontando que o projeto incide sobre diversos corpos hídricos que são drenados do rio, os quais, dentre as monitorações de sua água, constatou-se a ocorrência de concentração de metais fora dos limites estabelecidos ainda em 2013.

Constatou-se ainda que no ano de 2014 houve um aumento anormal de casos de malformação de recém-nascidos entre as mulheres do povo Xikrin do Cateté, confirmada a ocorrência de seis casos nos últimos 3 anos.

Assim, o perigo da demora vem se intensificando com o decorrer do tempo, através de impactos ocasionados ao meio ambiente e às comunidades indígenas dependentes destes bens naturais. Já a fumaça do bom direito, surge a partir da ausência de comprovação de implementação dos próprios planos advindos dos estudos sociais das comunidades, as quais, neste momento, entendo que devem ser compensadas pelas omissões e efeitos decorrentes da atuação da Vale S/A.

Portanto, atribuir a celeuma à comunidade indígena, no sentido de que o plano de gestão mais específico não fora implementado por ser de sua responsabilização, não se coaduna com o mínimo razoável, ganhando um caráter de verdadeiro desrespeito em relação ao meio ambiente, seja em relação com as aldeias indígenas, até porque o pedido entre a emissão da licença de operação (2008) até o momento, perfaz o total de quase 10 anos, o que antes se falava em dano provável, hoje o dano já se mostra concreto e intensificado em razão da demora de medidas mitigadoras eficazes [...].

A dimensão faraônica do "*Projeto Grande Carajás*" e do "*Holocausto das comunidades indígenas*" localizadas em seus marcos territoriais, no agredido cenário amazônico, fora descrito com inegável sabedoria, pelo renomado teólogo e ecologista Leonardo Boff, em sua monografia intitulada "*Ecologia: Grito da Terra – Grito dos Pobres*, que serve de fundamento para a construção de sua *Teologia da Libertação*, numa visão global do meio ambiente e libertadora da integridade da criação, nos termos seguintes:

No Estado do Pará está implantado o Projeto Grande Carajás de extração de minérios e minerais estratégicos, bem como agroindústrias e silvicultura. A escala do projeto é de um gigantismo próprio do espírito da modernidade imperial e dominadora da Terra: cobre uma área de 900.000 km², ou seja, a extensão da Inglaterra e da França juntas; está orçado em 62 bilhões de dólares, foi implantado em 13 anos - a inauguração foi em 1980 -, com uma explosão demográfica que ascenderá de 400% a 800% nos próximos anos. Construiu-se em tempo recorde uma estrada de ferro de 890 km que vai de Paraupébas (Carajás) até Porto Madeira, em São Luís do Maranhão (Itaqui). Usinas, cidades, vilas, estradas, parques surgiram de um dia para o outro, constituindo o maior projeto integrado do mundo em áreas tropicais.

Quatro grandes projetos formam o Programa Grande Carajás: um depósito de minério de ferro, duas fábricas de alumínio e a hidrelétrica Tucuruí. Na serra de Carajás, no Pará, a oeste da cidade de Marabá, há um complexo mineral dos mais ricos do planeta: 20 bilhões de toneladas de ferro, com 66% de teor, um dos mais elevados do mundo; 65 milhões de toneladas de manganês; 1 bilhão de toneladas de cobre; 40 milhões de toneladas de alumínio; 100 milhões de toneladas de níquel; 100.000 toneladas de estanho e 100 toneladas de ouro²¹. O projeto é hegemônico pela Companhia Vale do Rio Doce, uma das maiores estatais brasileiras, em articulação com as grandes multinacionais ligadas à área da mineração, como a Alcoa (Aluminium Company of America), empresa norte-americana e maior produtora mundial de alumínio (60%), a Nalco (Nippon Amazon Aluminium Co.), a Alcan (Aluminium Company of Canada), Alüsuise, a Billiton-Shell, Patifio, Engardt e

outras. Ao longo da ferrovia se instalaram cerca de 30 fundições de ferro-gusa, ferro-ligas e unidades de beneficiamento de outros metais, tudo movido a carvão vegetal. Isso envolve 25 milhões de metros cúbicos de madeira extraída de 1,5 milhão de hectares desmatados. Isso equivale a 35 hectares de mata por dia ou a um quilômetro quadrado a cada três dias. Como bem se disse, está se exportando a floresta Amazônica na forma de ferro-gusa e carvão vegetal, ficando aqui a iluviação dos solos, a extinção de milhares de espécies de vida, o entulhamento dos leitos dos rios e a degradação geral do meio ambiente [...].²²

[...] A instalação da grande indústria na Amazônia obedeceu demandas do capitalismo internacional. A partir de 1972 o petróleo passou de 2 para 32 dólares, o que acarretou encarecimento da energia elétrica, especialmente no Japão, baseada na utilização do petróleo bruto; encareceu também o transporte dos minerais, especialmente a bauxita, donde se tira o alumínio, fundamental para a indústria. Um terço das indústrias da área no Japão, EUA, Europa teve que fechar. A solução foi transferir estas indústrias para regiões do mundo onde houvesse farta energia, abundância de bauxita e mão-de-obra barata. A Amazônia preenchia amplamente estas condições. Por isso para cá vieram as principais multinacionais ligadas ao ferro e ao alumínio, com uma vantagem: ficaram com as indústrias limpas em seus países e se livraram dos resíduos industriais deletérios, deixados no Terceiro Mundo, como a “lama vermelha”, dejetos da bauxita, altamente tóxicos, armazenados em lagos artificiais. Entende-se também a aceleração dos projetos para atenderem a demanda mundial com um emprego maciço de mão-de-obra: 140.000 trabalhadores assim distribuídos: 27.000 no Projeto Ferro Carajás; 63.000 na construção da barragem de Tucuruí e 50.000 no garimpo de Serra Pelada.²⁴

As principais agressões à natureza amazônica foram perpetradas por conta do Projeto Grande Carajás Agrícola, em articulação com a JICA (Japan International Co-operation Agency, que engloba 22 empresas de investimento japonesas). Embora a agência japonesa recomendasse precauções ecológicas no sentido de harmonizar o desenvolvimento agrícola com a conservação ambiental, a máquina decisória do governo seguiu caminhos tecnocráticos estritos, ignorou a sabedoria milenar das populações nativas, exaltou as virtudes da mecanização e introduziu uma escalada de destruição florestal como jamais antes no Brasil. Expulsou indígenas e caboclos. O governo só oferecia subsídios quando as companhias provavam que tinham “limpado o terreno” quer dizer, desmatado e expulso as populações nativas e introduzindo outras, vindas do Sul do país, que, ilusoriamente, se imaginavam mais preparadas para uma agroindústria moderna por serem descendentes de europeus. Os projetos agropecuários pretendiam criar um rebanho de 2 milhões de cabeças com vistas à exportação. Junto com eles, entretanto, surgiu uma especulação fantástica envolvendo grandes empresas nacionais, como Café Cacique, Varig, Sul América Seguros, e multinacionais, como a Volkswagen, a Liquifarma (química farmacêutica italiana), Atfântica-Boavista (grupo Rockefeller) e outras.

Muitos pecuaristas, para acelerar o desmatamento, utilizavam o desfolhante Tordon 155-Br (agente laranja) ou o Tordon 101-Br, mais devastador ainda, jogados de avião, poluindo os solos, os rios e matando muitas pessoas, especialmente os índios nhambiquaras, que quase foram exterminados.²⁵ Os camponeses expulsos ou ameaçados se articularam em muitos movimentos sindicais. Verificou-se a partir da instalação dos projetos na serra de Carajás uma verdadeira guerra no campo. Em 1985 eram cerca de 100 mortos, em 1986 a cifra ascendeu para 200 e continuou com taxas decrescentes mas ainda altas nos anos posteriores. Os 13.000 índios de 34 tribos diferentes, situados na região, viram suas terras invadidas por criadores de gado e madeireiros e muitos deles foram mortos.²⁶

Os projetos de agroindústria e agropecuária não mostraram sustentabilidade. A produção de grandes safras e de criação de gado em pastagens extensivas estão causando danos permanentes ao ecossistema amazônico - erosão do solo, compactação, lixiviação, assoreamento dos rios e represas, poluição atmosférica devida às queimadas fenomenais, algumas tão grandes que foram detectadas por satélites norte-americanos e russos, com o risco de transformar a Amazônia oriental num “deserto vermelho”. Em 1988 num só dia o ônibus espacial Discovery detectou 8.438 incêndios na Amazônia. A máquina planejadora do Estado, uma vez mais, ignorou o enorme potencial de progresso econômico e social oferecido pelas técnicas tradicionais dos grupos nativos. Estudos sobre a tribo caiapó no sul do Pará demonstraram como eles tinham uma classificação cuidadosa das espécies e o manejo hábil da floresta. Sabiam delimitar mais de 40 tipos de florestas, campos e solos com suas respectivas associações de insetos, animais, pássaros, ventos e climas. O que lhes permitiu satisfazer suas necessidades e ao mesmo tempo preservar o equilíbrio do ecossistema regional,²⁷ saber que deveria ser aproveitado pelos técnicos e estrategistas dos grandes projetos com referência ao manejo da floresta Amazônica e à preservação das espécies. Mas que foi soberana e arrogantemente desprezado [...].

[...] As maiores vítimas da penetração de relações de exploração e internacionalização das riquezas da Amazônia foram, entretanto, os indígenas.²⁹ O lema da Funai (Fundação Nacional do Índio), o organismo que deveria protegê-los, era: “Cem mil índios não podem impedir o progresso do Brasil.” Foram cúmplices da via-sacra desses povos originários. Citemos apenas algumas estações.

A primeira, a chacina do paralelo 11 em Rondônia (parte da extrema Amazônia Ocidental), em 1963. Instalaram-se grandes fazendas e mineradoras de estanho. Na região viviam cerca de 10.000 índios em 100 aldeias diferentes. Para facilitar a penetração, a firma Arruda e Junqueira ordena que sobre a aldeia dos cintas-largas, durante um cerimonial, se joguem sacos de açúcar. Os indígenas os recolhem alegremente. Logo em seguida, em vôo rasante, são dinamitados e chacinados.³⁰

A segunda, a dizimação dos nhambiquaras, também em Rondônia. No início do século eram cerca de 10.000 no Vale do rio Guaporé. Para facilitar a pecuária vinda do Sul, são transferidos para a chapada dos Parecis de terras áridas. Os que

escaparam da fome foram tomados pelo sarampo, doença dos brancos. Toda a população nhambiquara de menos de 15 anos foi dizimada. Os que restaram no fértil Vale do Guaporé foram atingidos pelos desfolhantes lançados de avião em suas terras. Em 1980, dos 10.000 apenas restavam 650 representantes. Sua saga trágica é bem retratada por um deles:

“Primeiro, aqui era só índio. Não tinha americano, brasileiro, Funai, nada. Aí chegou o missionário americano, em 1964. Passaram três luas, veio o brasileiro: máquina, trator, caminhão, derrubaram muito pau, botaram fogo e começou: capim, capim, vaca, vaca, fazenda, arame, arame”.³¹

Terceira estação: a sacrifcação dos uaimiris-atroaris nas cercanias de Manaus. Talvez seja a tribo mais atribulada das últimas décadas. Em 1905 contavam-se 6.000. Em 1968 já tinham sido reduzidos a 3.000. Em 1982, a 517, e em 1984, a apenas 350. A proporção do extermínio é da ordem de 6 para 1, nível do tempo da conquista/invasão dos europeus no continente sul-americano. Tal catástrofe biológica se deve às várias políticas desenvolvimentistas implantadas na Amazônia, nas cercanias de Manaus. A construção da estrada Manaus-Boavista, a mineração Taboca S.A. (subsidiária da Parapanema, que explora cassiterita, estanho) e a construção da usina de Balbina, a que nos referimos acima, atingiram diretamente as terras dos uaimiris-atroaris. Chegou-se a mudar o nome dos rios para ludibriá-los e dizer que o alagamento da barragem de Balbina sobre o rio Uatumã não atingiria suas terras. O rio Uatumã, que faz limite com a reserva indígena, passa a ser chamado de Pitinga; o nome Uatumã é transferido para um igarapé menor. Durante a construção da estrada Manaus-Boa Vista foram atacados por helicópteros e pequenos aviões militares do governo, incendiadas suas malocas, com a morte de muitos índios. Pelo menos num caso, o comando militar da Amazônia ordenou a utilização de armas químicas contra os uaimiris-atroaris indefesos. Nas várias agressões sofridas, das 60 vilas indígenas subsistiram em 1987 apenas dez. Com razão se fala de etnocídio.³² Hoje esses indígenas se afundaram na selva, reduzidos a seu silêncio, sepultados no esquecimento de nossa cultura ecocida e que provoca holocaustos nas populações originárias.

Não há páginas para contar toda a saga trágica dos indígenas amazônicos, como a dos caiapós, dos paracanãs, dos txucarramães, dos crenacarores, dos gaviões e de tantos outros. Mas os sobreviventes confiam na força da terra e da justiça das coisas sagradas. O Conselho Mundial dos Povos Indígenas emitiu em 1975 em Port Alberni uma declaração solene na qual expressa sua esperança contra todas as esperanças:

“Entretanto, não nos puderam eliminar, nem nos fazer esquecer o que somos, porque somos a cultura da terra e do céu. Somos de uma ascendência milenar e somos milhões. E mesmo que nosso universo inteiro seja destruído nós viveremos por mais tempo que o império da morte.”³³. (o grifo é nosso)

(Leonardo Boff. Ecologia: Grito da Terra – Grito dos Pobres. Editora Sextante. 2004. São Paulo – SP – págs. 134/141.)

Neste contexto, merece destaque as oportunas observações da *Carta Encíclica Social-Ecológica Laudato Si, do Santo Padre Francisco*, datada de 24/05/2015, na inteligência de que:

Muitas formas de intensa exploração e degradação do meio ambiente podem esgotar não só os meios locais de subsistência, mas também os recursos sociais que consentiram um modo de viver que sustentou, durante longo tempo, uma identidade cultural e um sentido da existência e da convivência social. O desaparecimento duma cultura pode ser tanto ou mais grave do que o desaparecimento duma espécie animal ou vegetal. A imposição dum estilo hegemônico de vida ligado a um modo de produção pode ser tão nocivo como a alteração dos ecossistemas. Neste sentido, é indispensável prestar uma atenção especial às comunidades aborígenes com as suas tradições culturais. Não são apenas uma minoria entre outras, mas devem tornar-se os principais interlocutores, especialmente quando se avança com grandes projetos que afetam os seus espaços. Com efeito, para eles, a terra não é um bem econômico, mas dom gratuito de Deus e de seus antepassados que nela descansam, um espaço sagrado com o qual precisam de interagir para manter a sua identidade e os seus valores. Eles, quando permanecem nos seus territórios, são quem melhor os cuida. Em várias partes do mundo, porém, são objeto de pressões para que abandonem suas terras e as deixem livres para projetos extractivos e agro-pecuários que não prestam atenção à degradação da natureza e da cultura.

Em face desse novo quadro e diante dos nefastos reflexos decorrentes dos impactos etnoambientais do aludido empreendimento, conforme já consignado na decisão por mim proferida nos autos do agravo de instrumento acima referido, impõe-se a concessão da medida alternativa postulada pelo douto Ministério Público Federal, como forma de atenuar, ainda que provisoriamente, os danos dali resultantes e possibilitar, a título precário, a sobrevivência dos integrantes das comunidades indígenas atingidas, sob pena de sua total extirpação de nossa sociedade, o que não se admite, na espécie, sem prejuízo, também, da imediata suspensão das atividades de mineração no empreendimento descrito nos autos, até que seja comprovada a implementação do Plano de Gestão Econômica e das demais medidas compensatórias para as aludidas comunidades indígenas.

Com efeito, a tutela jurisdicional deferida pelo juízo monocrático possui natureza eminentemente precavativa e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravo, manifestada nas letras e na inteligência do art. 273, § 7º, do CPC, de forma a garantir às famílias indígenas descritas nos autos o mínimo necessário à sua subsistência, diante do gravíssimo quadro fático noticiado nos autos, decorrente dos impactos etnoambientais resultantes

da implementação do empreendimento descrito na inicial, aliado ao fato de que, decorridos anos desde então, até o presente momento, não teriam sido implementadas todas as condicionantes para o desenvolvimento da atividade de exploração mineral em referência, concernentes à regularidade da licença ambiental, nem tampouco a implantação das medidas compensatórias e mitigadoras de tais impactos, no seio das comunidades indígenas atingidas, prestigiando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, como garantia fundamental assegurada em nossa Carta Magna, afinando-se, ainda, com a orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito deste egrégio Tribunal, no sentido de que

[...] a tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, caput), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a conseqüente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada). No caso concreto, impõe-se com maior rigor a observância desses princípios, por se tratar de tutela jurisdicional em que se busca, também, salvaguardar a proteção do uso de terras indígenas, com suas crenças e tradições culturais, aos quais, o Texto Constitucional confere especial proteção (CF, art. 231 e §§), na linha determinante de que os Estados devem reconhecer e apoiar de forma apropriada a identidade, cultura e interesses das populações e comunidades indígenas, bem como habilitá-las a participar da promoção do desenvolvimento sustentável (Princípio 22 da ECO-92, reafirmado na Rio + 20) [...]

e de que

[...] nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal, "o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei", em harmonia com o disposto no artigo 6º, item 1, alíneas a e b, da Convenção nº 169 – OIT [...]. (AG 0076857-68.2013.4.01.0000 / MT, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1, p. 388 de 13/06/2014).

Assim posta a questão, não merece reparos, em princípio, a decisão agravada, no ponto em que reconheceu, em caráter precário, o direito postulado no feito de origem, de forma a atenuar, ainda que provisoriamente, os reflexos danosos dos impactos etnoambientais suportados pelas comunidades indígenas indicadas nestes autos, por se afinar com as garantias constitucionais acima apontadas.

Há de ver-se, porém, que o valor fixado pelo juízo monocrático, em valor correspondente ao dobro da média inicial regional do programa Bolsa Família, estipulada para a região norte do País, no montante de R\$ 379,30 (trezentos e setenta e nove reais e trinta centavos), calculado, proporcionalmente, sobre cada integrante de cada comunidade, independentemente da idade, afigura-se, em princípio, insuficiente para o custeio das despesas básicas dos membros de tais comunidades, mormente em face da circunstância de que a prática de caça e pesca de que dispunham encontra-se obstada, em virtude dos aludidos impactos etnoambientais decorrentes da implantação do mencionado empreendimento minerário, afigurando-se-me razoável, num exame superficial, a sua fixação no valor almejado pelo recorrente, qual seja, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), para cada aldeia integrante das referidas comunidades indígenas, até ulterior deliberação judicial, e até porque a extração mineral, noticiada nos autos, na sub-bacia do Rio Cateté, com impactos negativos nas terras indígenas Xikrin do Cateté e Xikrin do O-Odja, deveria resultar, por determinação constitucional, na aferição do direito das comunidades indígenas afetadas, em participar do resultado da lavra do mineral perseguido pela empresa multinacional Vale do Rio Doce (CF, art. 231, § 3º).

Registre-se, por oportuno, que, a despeito da suspensão da eficácia da decisão acima transcrita, no bojo do Mandado de Segurança 10011236-77.2015.4.01.0000, impetrado pela Companhia Vale do Rio Doce S/A, perante a colenda Corte Especial deste egrégio Tribunal, o *decisum* ali proferido teve por suporte a suposta ilegitimidade recursal das associações recorrentes, hipótese essa não ocorrida, na espécie.

Com estas considerações, *defiro o pedido de antecipação da tutela recursal* formulado na inicial, para determinar a imediata suspensão das atividades de mineração no empreendimento descrito nos autos, até que seja comprovada a

implementação do Plano de Gestão Econômica e das demais medidas compensatórias para as aludidas comunidades indígenas, determinando-se, ainda, que a Companhia Vale do Rio Doce S/A proceda ao depósito mensal de quantia pecuniária, a título de compensação pela ausência da adoção dessas medidas, no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por aldeia, a ser revertido às aludidas comunidades, até a efetiva implementação de tais medidas, devendo a quantia aqui estipulada ser depositada perante o juízo do feito, em conta judicial junto à Caixa Econômica Federal, para essa específica finalidade e posterior levantamento pelas comunidades indígenas beneficiárias, por intermédio de seus respectivos representantes legais constituídos nos autos, a se efetivar tal depósito judicial, a partir do dia 10 (dez) de agosto do corrente ano, sob pena da multa coercitiva no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por dia de atraso, no cumprimento desta decisão mandamental, a contar de sua ciência, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, na espécie, nos termos do art. 14, inciso V e respectivo parágrafo único, do CPC vigente.

Intime-se a promovida Vale S/A, com urgência, via FAX, para fins de ciência e cumprimento desta decisão, *na dimensão eficaz do art. 512 do aludido CPC*, cientificando-se, também, o juízo monocrático.

Intimem-se os agravados, nos termos e para as finalidades do art. 527, V, do CPC, abrindo-se vistas, após, à douda Procuradoria Regional da República, na forma regimental.

Oficie-se ao eminente relator do Mandado de Segurança 1001236-77.2015.4.01.0000, perante a Corte Especial deste Tribunal, para ciência e instrução do aludido feito, com definição de sua prejudicialidade por perda de objeto, em face do teor desta decisão, aqui proferida, nos autos deste agravo de instrumento. (Agravo de Instrumento 0042106-84.2015.4.01.0000/PA, rel. Des. Federal Souza Prudente, *e-DJF1* de 14/08/2015, p. 2.322)



Venerado Irmão

DOM WILMAR SANTIN, *O. C.A.R.M.*

Bispo Prelado de Itaituba

Querido Irmão,

Recebi a sua carta do passado dia 29 de junho. Primeiramente quero lhe agradecer pelas palavras afetuosas e pelas orações, as quais tanto necessito. Muito obrigado!

Li com muita atenção tudo o que escreveu na sua carta. Trata-se de uma realidade à qual acompanho de perto. Sei bem de todos os desafios que vocês, Bispos da Amazônia, devem enfrentar. Para além da missão de proclamar o Evangelho, muitas vezes devem ser uma voz profética diante de tantas injustiças contra os mais indefesos, e também lutar pela preservação da floresta que sistematicamente é vilipendiada pela ganância dos homens. De modo especial, trago no meu coração a situação dos povos indígenas brasileiros; estou consciente dos seus sofrimentos e da sua marginalização. Por outro lado, concordo que seja preciso reavivar no coração dos missionários o desejo de levar o Evangelho a estes povos, dando continuidade à ação daqueles religiosos generosos que há 400 anos começaram a proclamar o nome de Cristo nessas terras. A Amazônia é realmente uma fronteira entre as periferias existenciais espalhadas pelo mundo. Por todos estes motivos, gostaria poder realizar uma visita ao coração da Amazônia. Queria poder estar junto com estes homens e mulheres que tantas vezes são ignorados pelos próprios brasileiros. Peço que reze por esta intenção. Peça a Nossa Senhora que me ajude a realizar este meu desejo.

*Papa Francisco revela em carta por ele escrita intenção de visita aos povos indígenas da Amazônia Brasileira em face de decisão do TRF 1ª Região, confirmada pelo STF.

Aproveito também para lhe pedir que assegure ao povo de Itaituba e, através dele, a todos os povos da Amazônia, que esta terra tem um lugar especial no coração do Papa: rezo por cada um, cada índio, cada ribeirinho e cada habitante dos centros urbanos.

O Beato Paulo VI teria dito que “Cristo aponta para a Amazônia!” Eu acrescentaria: “e o mundo precisa olhar para a Amazônia!” Nesse sentido, penso que vocês têm uma missão especial: dar ao mundo de hoje uma lição de como os seres humanos devem viver a sua relação com a nossa Casa Comum, a criação que Deus nos confiou, lembrando que «não somos Deus. A terra existe antes de nós e foi-nos dada (...). Isto implica uma relação de reciprocidade responsável entre o ser humano e a natureza. Cada comunidade pode tomar da bondade da terra aquilo de que necessita para a sua sobrevivência, mas tem também o dever de a proteger e garantir a continuidade da sua fertilidade para as gerações futuras» (*Laudato si'*, 67).

Por fim, aproximando-se as celebrações da festa da Padroeira de Itaituba, Sant’Ana, confio à mãe de Nossa Senhora as vidas, desafios e esperanças de cada um e envio, numa união com amizade e confiança, uma propiciadora Bênção Apostólica, pedindo que continuem a rezar por mim.

Vaticano, 16 de julho de 2016

Francisco

Corte Especial

Agravo regimental. Suspensão de decisões em ação civil pública. Parcelamento urbano clandestino. Setor Arniqueiras. Demolição de edificações irregulares não habitadas. Majoração de multa por descumprimento de decisão. Flagrante ilegitimidade e grave lesão. Inexistência.

I. A suspensão de segurança, expressão utilizada em sentido genérico, em face da execução de liminar ou de sentença, não constitui julgamento de mérito, na perspectiva do acerto ou desacerto da decisão ou da sentença, em face do ordenamento jurídico, senão uma via excepcional de revisão temporária, no plano da produção de efeitos (eficácia) do ato judicial. Seu enfoque se restringe ao exame da potencialidade danosa do provimento jurisdicional, a fim de se “evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” (arts. 4º da Lei 8.437, de 30/06/1992, e 15 da Lei 12.016/2009).

II. Em suspensão de segurança, não tem pertinência, em regra, o exame conclusivo ou certificador das questões de mérito envolvidas no debate do processo de fundo, discussão que deve ser conduzida pelas vias recursais ordinárias, no estuário do juiz natural. Mas, como nenhum exame jurídico pode perder a noção de sistema, tem-se admitido, 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.

III. A flagrante ilegitimidade a que se refere o art. 4º da Lei 8.437/1992 diz respeito à legitimidade do ato, como um dos pressupostos que justificam a suspensão da decisão, não se relacionando com a legitimidade da parte para figurar no polo ativo ou passivo da relação processual.

IV. As demolições recentes no Setor Habitacional de Arniqueiras não decorreram, fundamentalmente, do cumprimento do ato judicial, senão, também, da atividade dos órgãos de fiscalização, no âmbito do Distrito Federal, que implementaram as medidas necessárias ao pleno exercício do poder de polícia administrativa.

V. A suposta lesão à economia pública, a preValecer o fundamento do agravo regimental, não emanaria da decisão impugnada, e sim em decorrência dos ônus pelo descumprimento de decisão de primeiro grau, relacionados à inapetência do Poder Público em conter novos ingressos populacionais em parcelamento urbano clandestino região de Arniqueiras), com severa repercussão ambiental.

VI. Alegações escoteiras não são suficientes para demonstrar que a decisão repercutirá, de forma negativa e grave, na ordem, na saúde, na segurança e na economia públicas. O requerente do pedido de suspensão deve demonstrar de forma cabal a lesão que alega, eis que esses danos não podem ser tidos como presumidos.

VII. Improvimento do agravo regimental.

(Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0054275-45.2011.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Olindo Menezes, unânime, e-DJF1 de 17/04/2012, p. 38)

Quinta Turma

Direito Ambiental. Ação civil pública para anulação do processo de licenciamento ambiental da segunda pista de pouso e decolagem do Aeroporto Internacional de Brasília. Alegação de vícios insanáveis no processo de licenciamento e dano causado pela obra localizada em zona de vida silvestre e de importância ecológica da APA das Bacias Gama e Cabeça de Veado. Situação crítica dos recursos hídricos do Distrito Federal. Pedido de nulidade das licenças expedidas e adoção de medidas compensatórias e restauratórias da APA Gama e Cabeça de Veado. Decisão monocrática do relator que nega seguimento à apelação do autor contra sentença extintiva do processo sem julgamento de mérito. Persistência do interesse de agir com relação aos pedidos de reparação do dano.

I. A APA Gama Cabeça de Veado foi criada em 21 de abril de 1986 pelo Decreto Distrital 9.417/1986 no centro-sul do Distrito Federal, com 4% do seu território e representando 11% das APAs do Distrito Federal. É uma unidade

de conservação peculiar, pois nela está inserida o maior número de áreas de preservação no seu território, além de possuir ocupação urbana e rural e diversos órgãos da Administração federal e distrital.

II. Segundo a publicação da Unesco denominada “Subsídios ao Zoneamento da APA Gama Cabeça de Veado e Reserva da Biosfera do Cerrado” de 2003, a criação dessa unidade de conservação deve-se aos seguintes fatores: existência, na bacia dos ribeirões Gama e Cabeça de Veado, de um significativo trecho intacto de ecossistemas de cerrado, incluindo amostras representativas e únicas de cerrado típico, campo sujo, campo limpo, campo rupestre, campos de murunduns, vereda, mata mesofítica e cerradão; grande riqueza da flora e fauna nativa desse ecossistema, e a presença de diversas espécies raras, endêmicas ou ameaçadas de extinção da biota regional; existência de importantes fontes de captação de água para abastecimento público e sua importância na recuperação e melhoramento da qualidade de água do Lago Paranoá; importância, para o Distrito Federal e sua região geoeconômica, dos estudos ecológicos, florestais, botânicos e zoológicos que eram desenvolvidos nessa área, dez anos antes da criação da APA; determinação do governo do Distrito Federal em ampliar as unidades de conservação, o patrimônio ecológico, os recursos naturais e garantir a qualidade de vida de sua população; a conveniência e o interesse de estabelecer uma ação coordenada e integrada de pesquisa entre as instituições que atuam nessa bacia.

III. Há no Distrito Federal inúmeros conflitos relativos ao uso e conservação dos sistemas hídricos em duas áreas de captação da Caesb, quais sejam: Ribeirão do Gama e córrego Cabeça de Veado.

IV. É relevante mencionar que o Distrito Federal não é particularmente rico em área de água doce, de forma que a destruição de mananciais e áreas de captação de água potável para abastecimento da população é um problema que não poder ser ignorado, inclusive nesta demanda.

V. A propósito da singularidade do Distrito Federal quanto à escassez de água, a mesma publicação da Unesco antes mencionada aborda a questão que, aliás, é pública e notória: o Distrito Federal está localizado nas cabeceiras de três grandes bacias hidrográficas nacionais: Tocantins, São Francisco e Paraná. Isso significa baixas vazões dos cursos d’água e alta propensão à contaminação, associado ao clima seco, com períodos longos de estiagem, com redução significativa na precipitação pluviométrica. Como consequência, há limitação da oferta de água superficial para atividades humanas, sem contar que o potencial de água subterrânea ainda não foi totalmente avaliado. Ainda que seja uma alternativa bastante viável, a sua utilização excessiva pode comprometer as drenagens superficiais e agravar o estresse hídrico para a vegetação de cerrado, o que aumentaria os riscos de queimadas. Acresce o fato que a vegetação representa um importante “estoque de carbono”, um antídoto natural contra os efeitos nefastos das mudanças climáticas globais que são uma realidade mundial. Além da localização geográfica do território, pouco privilegiada em termos de oferta hídrica, ocorre um aumento populacional vertiginoso e desordenado na região metropolitana de Brasília (Distrito Federal e municípios limítrofes). Conforme dados preliminares do censo 2000, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a região metropolitana de Brasília é que mais cresce em todo o País, com um aumento anual de 3,72%. Esta é uma tendência atípica, pois nos últimos 40 anos, todas as outras áreas metropolitanas tiveram uma redução na velocidade de crescimento, seguindo uma tendência mundial. As projeções indicam que o aumento populacional deve continuar a acelerar. Assim, a oferta hídrica passa a ser um limitador de crescimento populacional e um condicionante para o desenvolvimento econômico do Distrito Federal e entorno. O aumento populacional desordenado na região do Distrito Federal, a crescente demanda pelo recurso hídrico, já escasso, aliado à falta de políticas de planejamento e gestão das bacias hidrográficas acarretam uma pressão constante sobre os sistemas hídricos e sérios impactos para os ecossistemas aquáticos. As consequências são: redução na vazão dos cursos d’água; fragmentação da vegetação — o que ocasiona assoreamento dos mananciais —; poluição superficial; risco de contaminação dos aquíferos; e fragmentação nos ecossistemas aquáticos. Todos esses processos de degradação se refletem na qualidade e quantidade de água disponível para consumo humano e atividades econômicas. Nos últimos dez anos, de acordo com a Caesb, mais de 720 mil litros de água por hora deixaram de ser oferecidos à população do DF, com completa desativação de algumas captações, devido à implementação de atividades humanas mal planejadas em áreas de mananciais (Goepfert, A, 2000). Isso significa que, se considerarmos o mínimo de 250 litros/dia de consumo de água per capita, conforme determina a Organização Mundial da Saúde, a Caesb deixa de fornecer água para cerca de 70.000 pessoas/dia, no Distrito Federal. Se considerarmos que Brasília nem completou meio século de existência e é área de cabeceira de drenagem, o fato é de extrema gravidade e merece medidas imediatas para reverter o quadro.

VI. A APA Gama Cabeça de Veado contém três bacias hidrográficas, mananciais sul do Lago Paranoá. As bacias do ribeirão do Gama e do córrego Cabeça de Veado e a foz do Riacho Fundo estão dentro da APA. A proteção desses

mananciais e a manutenção da quantidade e qualidade dos recursos aquáticos, dos *habitats* e biota desses lugares contribuem para a redução do assoreamento e poluição do Lago Paranoá.

VII. Portanto, o principal propósito da criação da APA Gama Cabeça de Veado foi proteger os pequenos cursos d'água que integram a bacia do Paranoá, mas a área está sendo objeto de pressões demográficas com invasões, alteração da destinação de uso e parcelamentos foras da lei. O resultado do crescimento desordenado dentro e no entorno da APA é a destruição dos ecossistemas terrestres e hídricos. A degradação dessa APA em virtude da apropriação dos seus recursos naturais está beneficiando alguns indivíduos; a degradação do meio ambiente, inclusive dos recursos hídricos, porém, atinge a todos.

VIII. A pista do Aeroporto Internacional de Brasília significou mais uma ação antrópica, tendo como consequência a perda da biodiversidade em APA, da qual 78% da vegetação foi destruída desde a inauguração de Brasília, além de comprometimento dos já escassos recursos hídricos do Distrito Federal. A realidade dos fatos é que houve a construção de uma segunda pista que está 80% dentro da Zona de Vida Silvestre da APA e significou a supressão de 136.258 árvores e trouxe impactos em nascentes e brejos existentes na área, ou seja, no córrego do Cedro e no ribeirão do Gama, que estão a poucos metros da área da obra. O impacto da pista vai desde a supressão de nascentes, até a poluição dos cursos d'água por detritos provenientes da pista como óleos, lubrificantes e combustíveis. O impacto significativo nesses córregos só vai aumentar o problema de assoreamento já existente.

IX. A Infraero admite a degradação das margens do córrego Cedro em razão de suas obras de ampliação do aeroporto.

X. A finalização da construção da pista não implica, de forma alguma, falta de interesse recursal dos apelantes no que tange ao pedido de condenação de obrigações de fazer para ao menos se tentar recuperar a área. Pelo contrário, a construção em área de APA implica que podem ser analisados os pedidos alternativos decorrentes da consumação do fato danoso.

XI. Há pedidos pendentes de apreciação que não foram atingidos por nenhuma situação fática consolidada e que vão além da questão relativa à construção da pista, fato que faz com que não se caracterize a alegada perda de objeto dos recursos interpostos e caracteriza, assim, a higidez do interesse recursal dos apelantes. As apelações interpostas devem, portanto, ser objeto de apreciação quanto: a) condenação da Infraero e da União a recuperarem a área Zona de Vida Silvestre da APA dos Ribeirões Gama e Cabeça de Veado, os quais se encontram na área limítrofe a sua propriedade; b) condenação da Infraero de incorporar ao Plano Diretor do Aeroporto Internacional de Brasília o macrozoneamento previsto para a APA dos ribeirões Gama e Cabeça de Veado (Decreto 9.417/1986); c) condenação da Infraero e da União a realizarem inventário da vegetação existente na Zona Verde Silvestre/ARIE e apresentarem um plano de manejo da mesma; d) condenação da Infraero e União a realizarem um diagnóstico e plano de recuperação de áreas degradadas existentes no sítio aeroportuário; e) condenação da ré Infraero da ré União Federal a iniciar a execução do Plano de Recuperação de Áreas Degradadas, após sua apresentação, promovendo seu monitoramento contínuo, devendo a cada qual dos réus apresentar relatório dessas atividades semestralmente ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, até final recuperação, conforme data provável que deverá estar prevista no plano (estima-se o período de cinco anos); f) condenação da ré Infraero e da ré União Federal a delimitar, com cercamento que não impeça o fluxo de fauna e flora, e identificar, com sinalização, no prazo de quatro meses, conforme área definida em anexo do Decreto 9.417/1986, que cria a Área de Proteção Ambiental dos Ribeirões Gama e Cabeça de Veado, as Zonas de Vida Silvestre/ARIE existentes no perímetro do Sítio Aeroportuário do Aeroporto Internacional de Brasília pertencente ao AIB e pertencente ao VI Comar; g) condenação da ré Infraero a apresentar, no prazo de um mês, plano de combate a incêndios florestais e queimadas do Aeroporto Internacional de Brasília; h) condenação do Distrito Federal, na figura da SEMARH, a colaborar tecnicamente com os demais réus no sentido de recuperar as áreas degradadas que constituam zona de vida silvestre da APA e suas áreas de preservação permanente, principalmente nascentes e bordas de córregos, bem como com a delimitação física dessas áreas, de acordo com o que determina o anexo do Decreto 9.417/1986.

XII. Agravos regimentais providos.

(Agravamento Regimental em Apelação Cível 2002.34.00.039357-5/DF, rel. Des. Federal Fagundes de Deus, rel. p/ acórdão Des. Federal Selene Almeida, maioria, e-DJF1 de 09/05/2008, p. 187)

Ambiental. Ação civil pública para reparação de dano ambiental. Obra edificada irregularmente em Área de Preservação Permanente (APP), às margens do Rio Paranaíba, Município de Araguari/MG. Contrariedade a lei federal (Código Florestal). Degradação ambiental incontroversa. Responsabilidade objetiva. Dever de demolir a construção. Possibilidade de que apenas parte das obras avance sobre a APP. Aferição por prova pericial. Configuração do dano moral coletivo. Sentença reformada em parte.

I. O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra Mario Hidemi Tanaka, tendo por objeto obrigar o réu a demolir construção edificada em Área de Preservação Permanente (APP), apresentar junto ao Ibama projeto de recuperação da área degradada e indenizar o dano moral coletivo.

II. Consideram-se de preservação permanente as formas de vegetação natural encontradas ao redor de lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais (Código Florestal, Lei 4.771/1965, art. 2º, b).

III. Segundo o art. 18, *caput*, da Lei 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, as áreas consideradas de preservação permanente são consideradas reserva ou estação ecológica de responsabilidade do Ibama: "São transformadas em reservas ou estações ecológicas, sob responsabilidade do Ibama, as florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente, relacionadas no art. 2º da Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965".

IV. A Resolução 4/1985 do Conama – Conselho Nacional do Meio Ambiente estabeleceu em seu art. 3º, II, que são reservas ecológicas as áreas ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais, desde o seu nível mais alto medido horizontalmente, em faixa marginal cuja largura mínima será de cem metros para as represas hidrelétricas. Decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ainda, que a área de 100 metros em torno dos lagos de hidrelétricas é considerada, por força de lei, de preservação permanente, cabendo aos estados, uma vez que se trata de matéria atinente à proteção do meio ambiente e desde que observadas as normas gerais editadas pela União, legislar em caráter suplementar (art. 24, VI e §2º, da Constituição Federal). (REsp 194617/PR, rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 1º/07/2002, p. 278.)

V. A vontade da lei é que sejam protegidas as APP porque as características dessas áreas são importantes para o uso dos recursos naturais no presente e para as gerações futuras.

VI. Causa de dano ambiental é qualquer atividade que de forma direta ou indireta afete desfavoravelmente o meio ambiente (Lei Federal 6.983/1981, art. 3º, III, c). A existência de construção à beira do lago conduz a dano devido a: (a) aumento da probabilidade de ocorrer processo erosivo pela retirada da cobertura vegetal nativa; (b) assoreamento das margens do lago pelo transporte de sedimentos, prejuízo à fauna local porque a vegetação exótica provoca o afastamento dos animais da região; (d) compactação e impermeabilização do solo; lixo depositado pelas pessoas que utilizam o local; (e) construção de fossa séptica com risco de contaminação do lençol freático e corpo d'água.

VII. O réu é responsável pelas consequências de atividade que alterou adversamente as características da APP, qual seja, uma garagem para barco em alvenaria, duas casas em alvenaria e pomar, numa área de aproximadamente 700 m².

VIII. Nos últimos anos, segundo informação do Ibama, houve invasão indiscriminada em ritmo acelerado na APP do Rio Paranaíba, com construção de casas de veraneio, acesso, quiosques, canteiros de hortaliças e cultivo de mandioca.

IX. "A sanção de demolição de obra poderá ser aplicada pela autoridade ambiental quando verificada a construção de obra em área ambientalmente protegida, em desacordo com a legislação ambiental". (Decreto 6.514/2008)

X. Construções erigidas em Área de Preservação Permanente, à beira de lago, foram mantidas pelo réu. A ação de construir e desmatar APP implica no dever de demolir a construção, restaurar a vegetação nativa (mediante cronograma de recuperação a ser definido pelo Ibama, como consignou o magistrado *a quo*).

XI. Ante a possibilidade aventada no parecer de fls. 416-417, lavrado pelo Ibama, de que parte das construções existentes no imóvel não se localize na margem ou na área de inundação do lago da UHE, deverá tal distância, para

efeito de demolição apenas daquelas obras que tenham sido erguidas dentro do limite de 100 metros da Área de Preservação Permanente, ser aferida por prova pericial.

XII. A prova da existência de atividade lesiva ao meio ambiente pode significar também responsabilidade pelo dever de indenizar dano moral coletivo e difuso (art. 1º, IV, da Lei 7.347/1985), pois todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF/1988, art. 225, *caput* e § 3º).

XIII. Apelação do réu improvida. Apelações do MPF e do Ibama parcialmente providas. Sentença reformada em parte.

(Numeração única: 0009121-80.2007.4.01.3803, AC 2007.38.03.009479-4/MG, rel. Des. Federal Selene Almeida, unânime, e-DJF1 de 19/07/2013, p. 911)

Constitucional, Processual Civil e Ambiental. Ação civil pública. Degradação ambiental em área situada na Amazônia Legal. Impacto ambiental e social direto e indireto no bioma amazônico. Princípios da reparação integral e do poluidor-pagador. Cumulação de obrigação de fazer (reparação da área degradada) e de indenizar. Possibilidade. Rejeição das preliminares de nulidade da sentença e de ilegitimidade passiva ad causam. Decadência do direito de ação. Não ocorrência.

I. Encontrando-se devidamente delineadas, no julgado monocrático, as razões de fato e de direito que conduziram ao convencimento do julgador, restando enfrentadas e resolvidas todas as questões ventiladas nos autos, como no caso, não se caracteriza, na espécie, a aventada nulidade da sentença, amparada em deficiência de fundamentação. Preliminar rejeitada.

II. A sólida construção doutrinária e jurisprudencial de nossos tribunais é no sentido de que “a obrigação civil de reparar o dano ambiental é do tipo *propter rem*, porque, na verdade, a própria lei já define como poluidor todo aquele que seja responsável pela degradação ambiental - e aquele que, adquirindo a propriedade, não reverte o dano ambiental, ainda que não causado por ele, já seria um responsável indireto por degradação ambiental (poluidor, pois)” (REsp 1251697/PR, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12/04/2012, DJe 17/04/2012). Rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, amparada no argumento de preexistência do dano ambiental à detenção da área degradada, na espécie.

III. Em se tratando de dano ambiental, a orientação jurisprudencial já sedimentada no âmbito de nossos tribunais é no sentido de que tais infrações são de caráter continuado, do que resulta a imprescritibilidade das demandas em que se busca a cessação de tais danos, como no caso. Precedentes. Prejudicial de prescrição que se rejeita.

IV. “Na ótica vigilante da Suprema Corte, ‘a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...] O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações’ (ADI-MC nº 3540/DF - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a Carta Ambiental da França (02.03.2005), estabelecendo que “o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres

humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável. A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a conseqüente prevenção (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada) (CF, art. 225, § 1º, IV) (AC 0002667-39.2006.4.01.3700/MA, rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, *e-DJF1*, p. 172, de 12/06/2012).

V. A orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar, que têm natureza *propter rem*” (REsp 1164587/MG, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/02/2011, *DJe* 13/04/2012).

VI. Apelação desprovida. Sentença confirmada.

(Numeração única: 0000581-03.2008.4.01.3902, AC 2008.39.02.000581-3/PA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, *e-DJF1* de 06/07/2016, p. 1.760)

Administrativo. Ação anulatória. Multa por infração ambiental. Competência do técnico ambiental para lavratura do auto. Efetiva comprovação do desmatamento. Responsabilidade do proprietário.

I. O técnico ambiental do Ibama, Anilson da Silva Quadros, tinha competência para lavrar o auto de infração em 25/09/2003 contra o autor, conforme sua designação para essa atividade pela Portaria 1.273-P de 13/10/1998, editada com fundamento no art. 70, § 1º, da Lei 9.605/1998 (AgRg no REsp 1.260.376-PR, r. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma do STJ em 13/09/2011).

II. É devida a multa por infração ambiental praticada pelo autor e efetivamente comprovada pelo Laudo de Exame Pericial de Constatação de Danos Ambientais 90/SMA/2.003/IC/SESDEC/RO, com a seguinte conclusão: “[...] na área examinada foi constatado desmatamento florestal executado a corte raso, com emprego de motosserras, seguido de queimada, equivalente a 120,0 ha”.

III. Embora o autor alegue que os desmatamentos sejam anteriores à aquisição da propriedade por ele em dezembro/2002, é dos proprietários a obrigação de reparar os danos ambientais, ainda que não sejam responsáveis por eventuais desmatamentos anteriores (REsp 1.090.968-SP, r. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma do STJ em 15/06/2010).

IV. Além disso, “[...] a fiscalização levada a cabo na propriedade do autor, que resultou em sua posterior autuação, não se deu por ‘vil perseguição política’, como quer fazer crer, mas, tão somente, pela comprovação da ocorrência do dano ambiental durante sobrevoo realizado em helicóptero no dia 09/03/2003, sobre a região próxima ao Km 42 da BR 319, no sentido Humaitá/AM, conforme relatado no Laudo Técnico de fls. 45/51, produzido pelo analista ambiental Sergio Andreas Schubart, que participou da fiscalização, do qual se extrai o seguinte e relevante excerto:

“Imagem de satélite (2002) com a localização das áreas de dano ambiental (45, 46a e 46b) localizadas na propriedade do senhor Vilmar Primão. Notar que as áreas 45 e 46a estavam preservadas no ano de 2002, ou seja, estas áreas foram, portanto, desmatadas em 2003”.

V. Apelação do Ibama/réu e “remessa de ofício” providas.

(Numeração única: 0005663-37.2007.4.01.4100, Apelação/Reexame Necessário 2007.41.00.005666-5/RO, rel. Des. Federal Novêly Vilanova, unânime, *e-DJF1* de 12/08/2016, p. 1.157)

Sexta Turma

Ambiental e Processual Civil. Ação civil pública. Parque Nacional da Amazônia. Unidade de proteção integral. Suspensão de atividades agressoras ao meio ambiente. Recuperação do dano causado. Responsabilidade civil. Petição inicial. Requisitos. Preenchimento. Necessidade de tutela de urgência e de regular prosseguimento do feito.

I. Preenchidos, como no caso, os requisitos do art. 282, e incisos, do CPC, afigura-se indevido o indeferimento liminar da petição inicial, sob o fundamento de inépcia, carência de interesse processual e ausência de pedido e causa de pedir, hipóteses não ocorridas na espécie. Ademais, no eventual descumprimento desses requisitos, quando ocorrente, faculta-se ao autor a emenda da peça vestibular, nos termos do art. 284, *caput*, do CPC, providência essa não adotada pelo juízo monocrático.

II. Na ótica vigilante da Suprema Corte, “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...] O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações” (ADI-MC 3540/DF – rel. Min. Celso de Mello – DJU de 03/02/2006). Nesta visão de uma sociedade sustentável e global, baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz, com responsabilidades pela grande comunidade da vida, numa perspectiva intergeracional, promulgou-se a *Carta Ambiental da França* (02/03/2005), estabelecendo que “o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural e, por isso, o meio ambiente é considerado um patrimônio comum dos seres humanos, devendo sua preservação ser buscada, sob o mesmo título que os demais interesses fundamentais da nação, pois a diversidade biológica, o desenvolvimento da pessoa humana e o progresso das sociedades estão sendo afetados por certas modalidades de produção e consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais, a se exigir das autoridades públicas a aplicação do princípio da precaução nos limites de suas atribuições, em busca de um desenvolvimento durável.

III. A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o *princípio da precaução* (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a consequente *prevenção* (pois uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada), exigindo-se, assim, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (CF, art. 225, § 1º, IV).

IV. Versando a controvérsia, como no caso, em torno de suposta atividade agressora ao meio ambiente, no Parque Nacional da Amazônia, impõe-se a firme atuação do Ibama, na condição de responsável pela ação fiscalizadora decorrente de lei, a fim de coibir abusos e danos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como órgão executor da política nacional do meio ambiente, pois é da *competência gerencial-executiva e comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios proteger as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, as paisagens naturais notáveis, os sítios arqueológicos e o meio ambiente e, ainda, preservar as florestas, a fauna e a flora* (CF, art. 23, incisos III, VI e VII).

V. O Parque Nacional da Amazônia é área de conservação da natureza, a merecer proteção integral, nos termos da Lei 9.985, de 18 de julho de 2000, tendo como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico. É uma área de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei, e a visitação pública e a pesquisa científica estão sujeitas às normas e restrições estabelecidas no plano de manejo da unidade, às normas estabelecidas pelo órgão responsável por sua administração e àquelas previstas em regulamento.

VI. Apelação provida. Sentença anulada, com o deferimento de tutela de urgência, para proteção do Parque Nacional da Amazônia, ordenando-se o regular prosseguimento do feito.

(Numeração única: 0001166-26.2006.4.01.3902, Apelação Cível 2006.39.02.001166-2/PA, rel. Des. Federal Souza Prudente, unânime, e-DJF1 de 26/01/2009. p. 173)

Processual Civil e Ambiental. Ação civil pública. Reservatório artificial de usina hidrelétrica. Área de preservação permanente. Art. 62 do novo Código Florestal: aplicabilidade. Resolução Conama 302/2002: incidência aos fatos posteriores. Resolução Conama 4/1985: formações florísticas e áreas de florestas como de preservação permanente, e não qualquer área ao redor de reservatórios artificiais. Inaplicabilidade. Natureza do empreendimento. Área urbana. Início de prova.

I. Não se conhece de agravo retido cuja apreciação não foi requerida em preliminar de apelação ou contrarrazões (§ 1º do art. 523 do CPC/1973, vigente à época).

II. Sendo vencidos na demanda, possuem o autor e seus assistentes interesse em recorrer, não podendo ser punidos pelo exercício regular de um direito. Multa por litigância de má-fé afastada.

III. “O art. 62 do Novo Código Florestal é aplicável aos reservatórios artificiais de água destinados a geração de energia ou ao abastecimento público que foram registrados ou tiveram seus contratos de concessão ou autorização assinados anteriormente à MP 2.166/67, de 24/08/2001, tão somente para evitar demolições, sem, no entanto, ter o condão de possibilitar novas edificações, ainda que seja além da cota máxima *maximorum*” (Enunciado 56 da Súmula deste Tribunal).

IV. A ausência de prova pericial impossibilita, quando igualmente inexistentes outros elementos de prova, a verificação da observância ou não da faixa de área de preservação permanente prevista no art. 62 do novo Código Florestal.

V. “A Resolução Conama 302/2002, que dispõe sobre os parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente de reservatórios artificiais, somente se aplica aos fatos a ela posteriores” (Enunciado 57 da Súmula deste Tribunal).

VI. Caso concreto em que o loteamento do condomínio em que localizados os imóveis dos réus/apelados fora aprovado em 22/04/1996 e sua implantação foi autorizada em 14/09/2001, antes, portanto, da Resolução Conama 302/2002. Aplicabilidade da Resolução Conama 4/1985.

VII. “A Resolução Conama 04/1985, editada em razão do art. 18 da Lei 6.938/1981, apenas contempla as formações florísticas e áreas de florestas como reserva ecológica, em nada se relacionando às áreas de preservação permanente incluídas no antigo Código Florestal (Lei 4.771/1965) por ocasião da Medida Provisória 2.166-67/2001” (Enunciado 58 da Súmula deste Tribunal).

VIII. “A existência de lei municipal indicando a natureza urbana de determinada área é início de prova para se afastar a alegação de que o imóvel nela construído possui natureza rural, devendo ser cotejada com os demais elementos de prova acostados aos autos para fins de fixação da área de preservação permanente respectiva” (Enunciado 59 da Súmula deste Tribunal).

IX. Hipótese em que não há lei municipal que indique a natureza urbana da área em que localizado o condomínio no qual construídos os imóveis dos réus/apelados. Há, contudo, outros elementos de prova que indicam aquele fato,

razão pela qual, ainda que fosse aplicada a Resolução Conama 302/2002 ao caso concreto, a área de preservação permanente seria de trinta metros no entorno do reservatório artificial da UHE Mascarenhas de Moraes, e não de cem metros.

X. Comprovada a situação de hipossuficiente de um dos réus, mediante declaração de próprio punho, deve ser concedida a justiça gratuita requerida.

XI. Agravo retido interposto pelos réus do qual não se conhece e recursos de apelação do MPF, da União e do Ibama aos quais se nega provimento.

(Numeração única: 0000051-36.2007.4.01.3804, Apelação Cível 2007.38.04.000051-1/MG, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 18/07/2016, p. 1.231)

Ambiental. Mandado de segurança. Embargo de área. Inclusão do nome do titular em lista mantida pelo Ibama. Art. 18 do Decreto 6.514/2008. Retroatividade. Impossibilidade. Marco para aplicação da novel legislação: descumprimento total ou parcial do embargo. Sentença reformada.

I. Não havendo previsão, à época da autuação e do embargo da área, de inclusão do nome do titular do imóvel rural embargado em lista oficial mantida pelo Ibama, o que somente veio a se concretizar com a edição do Decreto 6.321/2007, que incluiu o inciso IV no § 13 do art. 2º do Decreto 3.179/1999, posteriormente revogado pelo Decreto 6.514/2008, indevida, sob essa ótica, a inserção do nome do impetrante na referida lista, sob pena de retroação indevida de norma prejudicial ao administrado.

II. A inserção do nome do administrado em lista de áreas embargadas mantida pelo Ibama tem por fundamento o descumprimento, total ou parcial, de embargo outrora imposto. Dessa forma, esse deve ser o marco para aplicação da novel legislação, não havendo que se falar em retroação indevida se o embargo, embora anterior à mudança legislativa, é descumprido após sua vigência.

III. O § 1º do art. 18 do Decreto 6.514/2008, que estabelece a inclusão do nome do titular da área embargada em lista mantida pelo Ibama, deve ser interpretado em consonância com seu *caput*, que trata das sanções aplicáveis em caso de descumprimento total ou parcial de embargo anteriormente imposto. Impossibilidade de interpretação distinta, sob pena de se aplicar de forma extensiva norma prejudicial ao administrado.

IV. Se fosse intenção do legislador incluir na lista de áreas embargadas mantida pelo Ibama qualquer caso de embargo de área, sem antes perquirir o descumprimento total ou parcial da determinação, teria inserido a previsão do § 1º do art. 18 do Decreto 6.514/2008 em seu art. 15, que trata genericamente da sanção de embargo.

V. Hipótese dos autos em que não consta da cópia do processo administrativo carreada pelo impetrante, tampouco daquela acostada pela autoridade impetrada, qualquer referência a eventual descumprimento do embargo anterior imposto pela autoridade ambiental ou do novo embargo após o cancelamento do termo de desembargo, este emitido após o impetrante apresentar o Cadastro Ambiental Rural – CAR fornecido pela Sema/MT. O eventual descumprimento também não foi alegado pela autoridade impetrada quando das informações prestadas em primeira instância.

VI. Não indicado pela autoridade impetrada eventual descumprimento total ou parcial do embargo imposto ao impetrante, seja do primeiro, seja do segundo, não há razão para a inclusão de seu nome na lista de áreas embargadas mantida pelo Ibama, sendo a reforma da sentença recorrida medida que se impõe.

VII. Recurso de apelação a que se dá provimento. Custas em ressarcimento pelo Ibama. Sem honorários, em razão do disposto no art. 25 da Lei 12.016/2009.

(Apelação Cível 0000067-58.2014.4.01.3605/MT, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, unânime, e-DJF1 de 25/07/2016, p. 657)



Agravo de Instrumento 0024535-66.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão proferida pelo Juízo da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da ação ajuizada pela Associação dos Servidores do Ministério da Ciência e Tecnologia – ASCT contra a União Federal e Geap – Fundação de Seguridade Social, em que se discute a legitimidade do reajuste das contribuições individuais dos servidores e seus dependentes, representados pela suplicante, ao plano de saúde mantido pela segunda promovida, fixando-se, até decisão final, o reajuste médio de 20% (vinte por cento), conforme apurado pela Agência Nacional de Saúde – ANS.

O juízo monocrático deferiu o pedido de antecipação da tutela formulado nos aludidos autos, nestes termos:

Trata-se de pedido de tutela de urgência em ação de conhecimento proposta pela Associação dos Servidores do Ministério da Ciência e Tecnologia – ASCT em face da Geap Autogestão em Saúde e da União, para determinar a suspensão do aumento nas contribuições individuais dos servidores e seus dependentes representados pela Autora ao plano de saúde mantido pela primeira Ré, fixando-se, até decisão final, reajuste médio de inflação médica apurado pela Agência Nacional de Saúde – ANS em 20%.

A associação autora reputa abusivo o aumento das contribuições ao plano de saúde ofertado pela Geap aos seus representados, fixado em 37,55% em relação aos praticados em 2015, podendo chegar a 50% a depender da faixa etária, valores bem superiores ao reajuste médio previsto pela ANS.

Afirma que os seus representados, servidores públicos submetidos ao regime jurídico instituído pela Lei 8.112/90, são beneficiários de plano de saúde na modalidade Coletivo Empresarial, com abrangência nacional, a partir do Convênio 001/2013 firmado entre a Geap e a União, na condição de patrocinadora, cujo objeto é a prestação de assistência à saúde complementar aos servidores, ativos ou aposentados, na forma do art. 230, caput e § 3º, I, da Lei 8.112/1990.

Aduz que o Conselho de Administração – CONAD é composto por seis membros de divididos de forma paritária entre representantes dos beneficiários e da Administração Federal, cabendo à presidência ao representante indicado pela União. Assevera que o CONAD, ao deliberar a respeito do reajuste a ser praticado em 2016, teve a votação empatada, sendo definidos os valores pelo voto de minerva da presidência da Geap, exercida pelo representante da União.

Aponta arbitrariedade em tal conduta, considerando que a União, ao estipular o índice de aumento da sua participação no plano de saúde em comento, o fixou em 23,11%, promovendo, por outro lado, reajuste linear de 37,55% às contribuições a serem pagas pelos seus servidores.

Inicial instruída com procuração e documentos. Custas recolhidas.

É o relatório. Decido.

O deferimento da tutela de urgência, em caráter antecedente ou incidental, pressupõe os seguintes requisitos previstos: probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), consoante se depreende do art. 300, caput, do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16.03.2015).

Nesse exame de cognição sumária, vislumbro a presença de ambos os requisitos.

Não obstante a necessidade de se recompor o equilíbrio contratual, a fim de manter a higidez das contas do plano de saúde coletivo, permitindo, em última análise, a própria manutenção do serviço de saúde complementar ofertado aos seus beneficiários, a operadora não dispõe de liberdade absoluta, devendo afastar aumentos exorbitantes.

No caso, a primeira Ré aplicou reajuste de cerca de 37,55% em relação aos valores praticados em 2015, majoração bem superior aos 23,11% aplicados pela União à sua participação e à média de 20% apurada pela ANS.

Com efeito, o aumento excessivo das contraprestações por meio de reajuste muito superior à média do mercado revela, *prima facie*, conduta abusiva do direito, diante do desrespeito aos princípios da boa-fé objetiva e da equidade.

A propósito, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região já se pronunciou a respeito desse aumento abusivo praticado pela Geap para o ano de 2016, por meio de decisão proferida pelo Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, no Agravo de Instrumento 8182-48.2016.4.01.0000. Confira-se:

4. Quanto ao primeiro ponto, verifica-se dos autos que a autora, ora embargada, questiona a legalidade da Resolução Geap/CONAD 099/2015, que impôs reajuste sobre a contribuição individual ao plano de saúde, que poderia chegar a 50% conforme o caso.

5. O recolhimento da contribuição com o reajuste no percentual de 20%, conforme determinado na decisão de fls. 774-776, somente passa a valer a partir da prolação da referida decisão, mesmo porque anteriormente os associados da embargante estavam amparados pela decisão de primeiro grau, que antecipara integralmente a tutela, em 29/01/2016.

6. É certo que, por óbvio, que eventual reconhecimento da ilegalidade da referida resolução terá como consequência o direito ao ressarcimento de eventuais valores pagos a maior a esse título.

7. Entretanto, tal ressarcimento, em caso de procedência da ação, deverá ser requerido ao final, na fase de cumprimento de sentença, da mesma maneira que a Geap poderá cobrar os valores porventura não pagos caso a conclusão final seja pela improcedência do pedido autoral.

8. Quanto ao segundo ponto, a autora/embargante representa os seus associados, e é são esses associados os atingidos pelos efeitos da decisão.

9. Conforme afirma a agravada, "...o vínculo dos dependentes e grupo familiar com a Geap decorre única e exclusivamente da relação daqueles com os titulares, e o ônus de pagamento é integralmente dos titulares, que são associados da Autora, nos termos do Parágrafo Quinto e Sexto da Cláusula Segunda do Convênio por Adesão n.º 001/2013, de modo que o associados possuem interesse e legitimidade".

10. Logo, se os titulares são os responsáveis pelo pagamento da contribuição de seus dependentes e grupo familiar, os efeitos da decisão abarcam também a contribuição devida por esses dependentes e grupo familiar, e não somente aquela devida pelo titular.

Pelo exposto, acolho os embargos e declaração, porém sem efeitos modificativos, somente para esclarecer que o recolhimento da contribuição com o reajuste no percentual de 20% somente passa a valer a partir da prolação da decisão neste agravo, e que os efeitos da decisão abarcam também a contribuição devida pelos dependentes e grupo familiar, e não somente aquela devida pelo titular.

O risco de prejuízo ao resultado útil do processo existe por se tratar de contribuição mensal, o que implica a renovação da violação do direito dos servidores representados pela Autora.

Com essas considerações, defiro o pedido de tutela de urgência para determinar que a primeira Ré (Geap) aplique aos servidores associados à Autora o reajuste médio apurado pela ANS no patamar de 20% (vinte por cento).

Em suas razões, sustenta a recorrente a ilegitimidade da pretensão deduzida nos autos de origem, destacando que a Resolução 99/2015 teria sido 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 perceber vultosas, já computadas no orçamento para alcance das metas, o que comprometerá vitalmente o cumprimento do Plano de Saneamento, inviabilizando a sobrevivência da fundação. Assevera, ainda: a) que, conforme tabela de comparativo de preços colacionada aos autos, mesmo após a implementação do novo custo trazida pela Resolução 9/2015, 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) que não lhe cabe 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 público 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.

Embora devidamente intimado, a recorrida deixou transcorrer, *in albis*, o prazo que lhe fora assinalado, para fins de contrarrazões.

Não obstante os fundamentos deduzidos pela reclamante, não vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 1.019, I, do CPC vigente, a autorizar a concessão da almejada antecipação da tutela recursal, na medida em que não conseguem infirmar as lúcidas razões em que se amparou a decisão agravada, notadamente, em face do seu caráter nitidamente precautivo e, por isso, compatível com a tutela cautelar do agravo, manifestada nas letras e na inteligência do referido dispositivo legal, mormente por envolver a majoração abusiva do valor dos planos de saúde operados pela Geap Autogestão em Saúde, com elevada onerosidade de tais planos e, por conseguinte, com nefastos reflexos financeiros no poder aquisitivo do universo de seus beneficiários, formado por servidores públicos federais, em relação aos quais há expressa proteção legal, no que pertine ao comprometimento de seus rendimentos, e, também, por se afinar com a orientação jurisprudencial que este egrégio Tribunal vem dispensando à matéria, ainda que em sede provisória, conforme julgado arrolado no *decisum* impugnado.

Com estas considerações, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal formulado na inicial.
(AG 0024535-66.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Souza Prudente, *e-DJF1* de 28/06/2016, p. 1.409)

Agravo de Instrumento 0034067-64.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S/A – Usiminas contra decisão proferida pela MM. juíza federal substituta da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que indeferiu o pedido de tutela provisória de urgência antecipada requerida nos autos da Ação Ordinária 25270-48.2016.4.01.3800, originariamente proposta na Seção Judiciária de Minas Gerais, por meio do qual pretendia, em resumo, suspender os efeitos da deliberação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade que homologou os Despachos 118/2016 e 121/2016, bem como os mandatos dos conselheiros eleitos pela Companhia Siderúrgica Nacional – CSN, de modo que não participassem das próximas reuniões do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal, tampouco tivessem acesso às informações comercialmente sensíveis, até o julgamento definitivo da demanda principal.

2. Eis o teor do r. ato decisório agravado, no que relevante à compreensão da controvérsia (fls. 514-517):

[...].

Do tempo exíguo

Importante ressaltar que os presentes autos vieram conclusos a esse gabinete por volta das 16:30h de hoje, dia 16/06/16, sendo que há assembleia convocada pela Usiminas para amanhã, 17/06/16, às 09h. Ou seja, mais uma vez compromete-se a análise acurada dos fatos, com profundidade, para que se possa tomar a decisão mais acertada e justa. Entretanto, mesmo com tão pouco tempo para verificar a extensa documentação juntada aos autos, aí incluindo relatórios, pareceres, balanços e outros mais, que já chegam a 986 folhas, o juiz não pode furtar-se a decidir.

Do agravo de instrumento interposto

Necessário pontuar, também, que a decisão que será proferida a seguir em nada fere ou desrespeita o que foi determinado pelos eminentes desembargadores em sede do agravo antes citado, uma vez que tais decisões resguardaram que deveriam permanecer até que fosse apreciado, no 1º grau de jurisdição, o pedido de antecipação de tutela, que agora se faz.

Feitas essas ressalvas, passo a decidir.

Da antecipação de tutela

Para a antecipação dos efeitos da tutela de urgência é necessário que a parte autora apresente “elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”, a teor do art. 300 do novo CPC.

Pois bem.

No presente caso, em sede de cognição sumaria, constato a ausência do primeiro requisito para que se suspenda “os mandatos dos conselheiros eleitos pela CSN, de modo que não participem das próximas reuniões do Conselho de

Administração e do Conselho Fiscal, nem tenham acesso às informações comercialmente sensíveis da Autora, até que o julgamento em definitivo da presente demanda” (Sic, fl. 27).

E assim o faço porque entendo que, diante do pouco tempo para examinar-se vasta documentação, assim como devido à insistência da Usiminas em negar acesso dos acionistas minoritários aos seus documentos e assembleias, deve prevalecer a posição adotada pelo Cade, que é autarquia federal responsável, dentre outras coisas, pela regulação do mercado.

Nessa toada, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ressaltou que o mercado de aços planos ao carbono tem sido o principal objeto dessas preocupações, sendo de conhecimento geral no mercado “que os grupos Nippon e Ternium apresentam sérias divergências quanto à gestão da companhia Usiminas. Tal circunstância traz sérios impactos na administração” da empresa (fl. 705), com potencial para agravar ainda mais sua difícil situação financeira.

Essa divergência entre os grupos, segundo o Cade, “acabou por tornar necessário o fortalecimento do bloco de acionistas minoritários na gestão da companhia” (fl. 707).

Dessa forma, me alinho ao Cade, no sentido que, embora:

“[...] a eleição de conselheiros da CSN seja uma medida sensível do ponto de vista concorrencial (...) também é importante destacar que tanto o colapso financeiro da Usiminas quanto as constantes desavenças entre os grupos que integral o seu bloco de controle levam à conclusão de que a decisão tomada pelo Cade foi a melhor possível, dentro do cenário fático apresentado. A prova disso foi que o fortalecimento do bloco de minoritários ocorrido na sessão realizada em 28 de abril de 2016 acabou por forçar os grupos controladores da Usiminas a celebrar uma ‘trégua’ em torno da eleição do Presidente do Conselho de Administração da companhia” (fl. 709, destaquei).

Assim, tenho que o fortalecimento dos minoritários irá diminuir os conflitos de governança da Usiminas.

Lado outro, resalto que os conselheiros eleitos foram aprovados pelo Cade, são independentes, respondem pessoalmente por eventuais desvios de conduta, conforme legislação de regência e, em última análise, não são representantes da CSN, pois estão a serviço da Usiminas.

Por todas essas fartas razões, num juízo de cognição sumária, não exauriente da matéria, não vejo, nem de longe, “elementos que evidenciem a probabilidade do direito” invocado pela autora em sede liminar.

[...].

3. Em suas razões, expõe a Usiminas o sumário da situação fática controversa posta nos autos. Após, alega: (a) que a CSN, apesar de ser acionista minoritária, é sua principal concorrente no mercado de aços planos, razão pela qual é a maior interessada em sua derrocada, pois ganharia mais obtendo a fatia do mercado eventualmente perdida com a perda de valor de sua participação minoritária; (b) nunca ter negado acesso de seus acionistas minoritários a qualquer tipo de informação, documento, reunião ou assembleia; (c) que os minoritários, sem a participação da CSN, conseguiram eleger, de forma sem precedentes, na AGO de 2012, dois membros para o Conselho de Administração, resultado esse repetido em 2014 e em 2015; (d) que, na atual composição do Conselho de Administração, também há um representante dos minoritários concorrencialmente neutros, apenas não havendo dois porque o Cade, ao permitir a indicação de membros pela CSN, inviabilizou a eleição do segundo representante dos minoritários concorrencialmente neutros; (e) que os minoritários concorrencialmente neutros jamais acusaram a Usiminas de lhes recusar participação em reunião ou de lhes fornecer qualquer informação ou documento desde 1991, quando o Conselho de Administração da Companhia passou a contar com representantes de minoritários; (f) que a divergência entre os integrantes do bloco de controle nunca impediu a tomada de decisões importantes e urgentes para a companhia nos últimos anos; porém, se é necessária a presença de representantes minoritários nos Conselhos de Administração e Fiscal para impedir eventual conflito entre controladores que comprometa a gestão da companhia, presença essa a que nunca se opôs, deveriam ser prestigiados os minoritários concorrencialmente neutros, e não a CSN, maior concorrente e logicamente interessada em sua derrocada; (g) que o maior entrave, hoje, para superar a difícil situação financeira da Usiminas é a própria CSN, que ajuizou três ações judiciais e um procedimento administrativo perante a Comissão de Valores Mobiliários – CVM para impedir o aumento do capital de R\$ 1 bilhão, imposto pelos credores como condição para a renegociação da dívida; (h) que em uma dessas ações, a CSN depositou em juízo o valor de R\$ 178.831.755 que lhe cabia em razão do exercício do direito de preferência para subscrição das ações do aumento de capital, ao invés de entregá-lo à Usiminas, deixando essa companhia com cerca de 20% a menos do que esperava ter em caixa ao final do aumento de capital, o que pode comprometer a renegociação da dívida da companhia com os seus credores; (i) que o jornal Valor Econômico que circulou em 17/06/2016 dá conta do risco que a atitude da CSN representa para a Usiminas; e (j) ser contraditório, pois, permitir à CSN a indicação de conselheiros para evitar a crise financeira da Usiminas.

4. Prossegue asseverando: (a) que o simples fato de a CSN ter sondado, indicado e eleito os representantes para os Conselhos de Administração e Fiscal da Usiminas retira dessas pessoas a neutralidade que a decisão do Cade buscou garantir ao restringir os direitos políticos da CSN, fato que deixou de ser considerado pela decisão agravada; (b) que o Cade sequer analisou, na decisão de escolha dos conselheiros independentes, a condição de cada um dos indicados, apenas afirmando genericamente que atendem aos requisitos do Novo Mercado da BM&FBovespa, havendo claro vício de fundamentação que enseja a nulidade do ato administrativo, por violação ao art. 50 da Lei 9.784/1999; (c) que o vício de fundamentação é notado quando se verifica o pouco tempo decorrido entre a apresentação dos nomes pela CSN e as decisões impugnadas e ausência de menção a circunstâncias fáticas individualizadas sobre cada indicado pela CSN; (d) que, como esperado, tais conselheiros já deram sinais de que a vinculação, de fato, é com o acionista que os indicou, não tendo comparecido ao Cade para firmar os termos de compromisso exigidos, tendo sido a CSN a responsável pela coleta das assinaturas e encaminhamento ao *e-mail* do Diretor Jurídico da Usiminas e, por petição, ao Cade; e (e) que, em que pese o brilhantismo do currículo de um dos indicados, Gesner de Oliveira, ele já atuou ativamente em favor da CSN perante o Cade, tendo não apenas proferido parecer econômico no Ato de Concentração que analisou o descruzamento acionário da CSN com a Vale, como também, em entrevistas a diversos jornais e revistas, apresentou-se como consultor da CSN, defendendo interesses de seu cliente.

5. Afirma a agravante, ainda: (a) que a suposta reunião de 17/06/2016 a que a magistrada se referiu em primeira instância jamais foi convocada e só pode ter sido inventada pela CSN para que houvesse decisão em tempo exíguo, sem a análise acurada dos fatos, como a própria decisão agravada reconhece; (b) que foram ignorados diversos vícios formais apontados na decisão do Cade pela Usiminas, a saber incompetência do presidente do Cade para adotar decisões e inexistência de maioria para o referendo da decisão, tendo em vista que a homologação do primeiro despacho foi rejeitada por dois conselheiros e aprovada por outros dois, não tendo o presidente da sessão exercido o voto de qualidade quanto a ela; (c) há, ainda, outros vícios formais que conduzem à anulação dos atos impugnados, quais sejam (c.1) insuficiência de *quorum* para eleição de conselheiros representantes dos acionistas minoritários da Usiminas, além da eleição de um representante dos minoritários concorrencialmente neutros para o Conselho de Administração e para o Conselho Fiscal, (c.2) não acolhimento, pelo Cade, das propostas alternativas apresentadas pela Usiminas e pelos seus controladores para garantir a eleição de representantes dos minoritários ao argumento de falta de tempo para analisá-las, quando, por outro lado, acolheu a proposta da CSN de votar em membros indicados ao Cade na véspera da sessão e em poucas horas depois de sua submissão e (c.3) violação à vedação de voto em conflito de interesses constante da Lei das S.A., caracterizada pela permissão de indicação, pelo concorrente, de membro para o Conselho de Administração, mesmo sendo esse concorrente o maior interessado em sua derrocada e sem interesse de longo prazo, pois obrigado pelo próprio Cade a vender as suas ações.

6. Por fim, ao tempo em que ressalta trecho de parecer sobre os possíveis efeitos anticompetitivos que resultariam das aquisições de participação minoritária pela CSN na Usiminas, proferido em 2011 a pedido da Usiminas e elaborado por advogado que hoje atua em favor da CSN nos presentes autos, bem como a reversibilidade da tutela de urgência requerida, na medida em que o Conselho de Administração e o Conselho Fiscal possuem representante dos acionistas minoritários concorrencialmente neutros, pugna a Usiminas pela reforma da decisão agravada, a fim de que seja vedada a atuação dos representantes indicados pela CSN para compor seus Conselhos de Administração e Fiscal.

Autos conclusos, *decido*.

8. A situação fática que ensejou a propositura da ação na origem e a interposição do presente agravo não é nova, já tendo sido objeto de conhecimento quando da análise do AI 27784-25.2016.4.01.0000, cujo objeto exauriu-se em razão da prolação da decisão agravada.

9. Apenas para a devida contextualização na presente decisão, após a CSN adquirir participação acionária no capital social da Usiminas, por meio de compra de ações efetivas em bolsa de valores, o Cade celebrou termo de compromisso de desempenho com aquela, tendo havido, dentre outras condições, a fixação de um prazo para que a CSN promovesse a venda de um percentual daquela compra. Até que a alienação fosse realizada, o TCD previu restrições ao exercício dos direitos políticos da CSN junto à Usiminas.

10. Ocorre que, em 24/03/2016, a CSN solicitou ao Cade autorização para participar da Assembleia Geral da Usiminas com vistas a eleger representantes nos Conselhos de Administração e Fiscal da Companhia, bem como para deliberar sobre qualquer matéria que não fosse identificada como concorrencialmente sensível pelo Cade. Referido pedido tinha por argumento a deterioração do mercado siderúrgico nacional, a entrada de novos agentes econômicos no mercado relevante e a disputa de governança interna, o que poderia resultar na recuperação judicial da Usiminas e, por consequência, em prejuízo considerável para os acionistas da companhia.

11. Nessa ocasião, a Procuradoria Federal do Cade, em análise do cumprimento do TCD, manifestou-se pelo acolhimento parcial do pedido para assegurar, de forma específica, a eleição de representantes pela CSN na AGO designada para o dia 28/04/2016, adotando, para tanto, medidas voltadas à garantia da completa independência dos administradores indicados, bem como o monitoramento de sua atuação ao longo do exercício dos respectivos mandatos.

12. Com parecer favorável da Procuradoria Federal e da Superintendência-Geral do Cade, a Presidência da autarquia, por meio dos Despachos 118/2016 e 121/2016, deferiu parcialmente o pleito da CSN, assegurando-lhe o direito de eleger 2 representantes no Conselho de Administração e 1 representante do Conselho Fiscal (direito esse que decorre da titularidade das ações na Usiminas).

13. Aqui reside o inconformismo da agravante, que defende a ocorrência de vícios formais e materiais na decisão do Cade, razão pela qual entende seja devida a suspensão dos efeitos dos referidos despachos, bem como a não participação dos representantes indicados pela CSN nas próximas reuniões dos Conselhos de Administração e Fiscal.

14. Antes de mais nada, faço o registro de que o Cade é autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e que integra o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, prevenindo e reprimindo as infrações contra a ordem econômica, observados os ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (arts. 1º e 3º da Lei 12.529/2011).

15. Como autarquia federal que é, os atos emanados pelo Cade gozam de presunção de legitimidade.

16. Tais considerações são relevantes neste momento processual na medida em que, tratando-se de questão concorrencial e eminentemente técnica, deve-se prestigiar, ao menos por ora, a conclusão a que chegou o Cade ao flexibilizar parte do termo de compromisso de desempenho firmado com a CSN e permitir que ela elegeisse representantes na AGO da Usiminas realizada em 28/04/2016.

17. Em outras palavras, entre as alegações da Usiminas de que os representantes minoritários indicados pela CSN têm interesse em sua derrocada e a argumentação do Cade, tanto no AI 27784-25.2016.4.01.0000 quanto em memoriais cuja juntada ora determino, de que a intenção da autarquia foi a de prestigiar o cenário concorrencial do mercado, evitando-se que os conflitos societários existentes na Usiminas agravem a situação financeira da companhia, entendo deva prevalecer a conclusão constante dos Despachos 118/2016 e 121/2016, posto que não verificada, quanto à questão de mérito, qualquer ilegalidade.

18. Dos atos impugnados, inclusive, extraio o seguinte excerto (fls. 529-532):

Despacho 118/2016

[...].

17. É importante ressaltar o contexto especial em que se encontra a Usiminas, o qual, como já destacado pela PFE-Cade, difere daquele de 2015. A companhia encontra-se em meio a uma disputa entre seus controladores – Ternium e Nippon – e num momento em que toda a siderurgia nacional passa por dificuldades.

18. A empresa afirma que por isso mesmo a presença de conselheiros minoritários poderia ser um problema, já que, tendo em vista a discordância entre os controladores, eventuais votos minoritários determinariam o rumo da companhia (§ 16 da petição 0184442).

19. Entendo que essa posição não se adéqua propriamente ao que foi acima referido como conselheiro minoritário. A característica principal do minoritário é sua independência, sendo que ele deve agir no interesse da Usiminas. Se vier a desempenhar qualquer papel nos rumos da companhia, será no interesse dela própria. O que se deve analisar, portanto, é se as medidas acima elencadas pela CSN – ou eventuais outras medida estipuladas pelo Cade – seriam suficientes para

garantir que o conselheiro de fato represente os interesses da Usiminas, agindo em proteção de seus interesses. Se isso não ficar demonstrado e entender-se que o conselheiro é, na verdade, representante da CSN, então deve o pedido ser negado.

20. Afinal, o que quis o TCD quando de sua assinatura – e o que deve o Cade continuar observando – é a manutenção do ambiente concorrencialmente saudável. Se é verdade que permitir à CSN que indique conselheiros que a representem diretamente irá afetar de forma negativa a Usiminas, também é verdade que impedir a eleição de minoritários ou dificultá-la sobremaneira pode gerar efeitos negativos ao mercado, culminando, no caso mais extremo, até na própria recuperação judicial da empresa. O Cade não pode permitir que sua decisão, que visa proteger a concorrência, acabe por prejudicá-la. Em outras palavras, caso tal cenário de recuperação venha a se concretizar e considerando que o Cade já entendeu que o mercado relevante desta indústria é nacional, eventual quebra da Usiminas diminuiria os níveis de rivalidade no mercado, rivalidade esta que é exercida em face da própria CSN.

21. Configurada a plausibilidade da alegação da CSN, resta saber se a solução proposta para o problema societário resguarda de forma adequada os interesses da defesa da concorrência.

22. Tendo em vista que a solução apresentada subjugava os conselheiros indicados aos requisitos do Novo Mercado – duplamente aplicados, pois referem-se tanto à CSN quanto à Usiminas – e cria ainda obrigações adicionais de fidúcia para como próprio Cade, não vejo como concluir de outra forma que não pela admissão do pedido, ao menos em abstrato. Trata-se dos requisitos mais elaborados do direito brasileiro, aceitos e reconhecidos pelo órgão regulador do setor – A Comissão de Valores Mobiliários, acrescidos de deveres bastante onerosos com a própria autoridade de defesa da concorrência. Falta ainda observar, no entanto, se os nomes sugeridos pela CSN cumprem, em concreto, com tais requisitos.

23. Os nomes aventados na petição 0190581, acompanhados de curriculum vitae de cada um dos candidatos, são: (i) Gesner José Oliveira Filho, (ii) Ricardo Antônio Weiss, (iii) Wagner Mar e (iv) Derci Alcantara. Os dois primeiros nomes seriam indicações para o Conselho de Administração, enquanto o terceiro seria a indicação para o Conselho Fiscal. O quarto nome é uma suplência.

24. Com a análise detida de cada uma das sugestões, ficou verificado que todos os nomes cumpriam os requisitos acima elencados. Além disso, a CSN indicou que tais nomes já teriam se disposto a assinar o Termo de Compromisso adicional com o Cade.

III. Decisão

25. Tendo em vista o quanto acima ressaltado, acolho o Parecer Jurídico 77/2016/UCD/PFE-Cade-Cade/PGF/AGU, entendendo pelo deferimento do pedido de flexibilização do TCD, única e exclusivamente para que se elejam dois conselheiros para o Conselho de Administração e um conselheiro para o Conselho Fiscal na Assembleia Geral Ordinária de 28 de abril de 2016. Tais Conselheiros deverão ser nomeados entre aqueles nomes apresentados na petição 0190581, e a condição para que possam tomar posse é a assinatura do Termo de Compromisso com o Cade, nos parâmetros delimitados no anexo do processo público de número 0191394.

26. Para garantir o cumprimento desta medida, haverá acompanhamento da Assembleia Geral Ordinária por representante do Cade, a fim de assegurar a higidez do procedimento e o não exercício dos direitos políticos da CSN para além daquilo quando autorizado. Esta medida visa endereçar a preocupação exarada pelo Conselheiro Eduardo Pontual quando da aprovação com restrições do ato de concentração e garantir que interesses políticos não sejam travestidos em interesses patrimoniais.

27. Em relação ao pedido referente aos procedimentos de implantação do voto múltiplo e do voto em separado, entendo que seu deferimento não prejudicou o andamento da Assembleia Geral. Se o teor do presente despacho vier a ser rejeitado pela maioria, a CSN não votará na AGO de igual maneira. No entanto, caso o entendimento seja acolhido, os procedimentos terão sido tomados previamente para preservar a utilidade da decisão.

É o despacho, ad referendum do Plenário.

Despacho 121/2016

[...].

4. Para preservar a utilidade da decisão do Cade, a qual só será definitiva após homologação pelo Plenário, nos termos do art. 18, inciso XI, do Regimento Interno do Cade, entendo que a inclusão de nomes de suplentes, em acréscimo aos já deferidos anteriormente, preserva o animus do Despacho Presidência 118/2016. No entanto, entendo que o nome do Sr. Fernando Barbosa de Oliveira deve ser rejeitado em razão de um possível vínculo com a atual diretoria da CSN. Nesse sentido, defiro o segundo pedido da CSN para que sejam indicados como suplentes os Srs. Sonia Julia Sulzbeck Villalobos e Pedro Carlos de Mello.

5. Nesse sentido, adito o Despacho Presidência 118/2016 para inclusão dos novos nomes sugeridos pela CSN. Com isso, os nomes autorizados pelo Cade para eleição do Conselho de Administração são os seguintes: (i) Gesner José Oliveira Filho, (ii) Ricardo Antônio Weiss e (iii) Derci Alcantara e (iv) Sonia Julia Sulzbeck Villalobos. Para o Conselho Fiscal, os nomes são os seguintes: (v) Wagner Mar e (vi) Pedro Carlos de Mello.

6. Logo, o presente despacho presta-se à integração do Despacho Decisório 118/2016 e não há qualquer flexibilização do Termo de Compromisso de Desempenho nesse ponto, tampouco em relação às demais obrigações assumidas pelas Requerentes, razão pela qual já foi indicada a necessidade da presença de representantes do Cade na Assembleia Geral Ordinária a fim de garantir o cumprimento da decisão e o não exercício de qualquer outro direito político pela CSN. A eleição de suplentes é consequência necessária da eleição de titulares, imprescindível para viabilizar a execução do pedido formulado pela CSN e parcialmente deferido no Despacho Presidência 118/2016. Nesse contexto, não há ampliação do conteúdo decisório do referido despacho, o qual ainda será apreciado pelo Plenário do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica.

7. Publique-se.

É o despacho que submeto à homologação do Plenário do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica.

19. É de se ressaltar, outrossim, quanto à alegação da Usiminas de que os conselheiros indicados pela CSN podem ter acesso a informações comercialmente sensíveis, a possibilidade de que tais questões sejam levadas inicialmente ao Cade antes da realização de reuniões do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal e de cujas pautas constem temas em relação aos quais não é possível, do ponto de vista concorrencial, a participação dos conselheiros independentes.

20. Assim, havendo informações em relação às quais a Usiminas entenda que os minoritários que não são concorrencialmente neutros não possam ter acesso, deve provocar inicialmente a manifestação do Cade, que, repita-se, é a autarquia que integra o SBDC e que deverá realizar, em um primeiro momento, a análise da insurgência.

21. A corroborar a conclusão acima, trecho do Parecer 77/2016/UCD/PFE-Cade-Cade/PGF/AGU, emitido quando da análise do pedido de flexibilização do TCD, em que restou demonstrada a preocupação da autarquia com a presença da CSN e com o acesso a informações sensíveis ou relevantes (fl. 202):

[...].

27. Considerando as preocupações levantadas pelo Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro no trecho supratranscrito de seu voto, notadamente quanto à simples presença da CSN em qualquer assembleia, não nos resta outra alternativa a permiti-la condicionada ao acompanhamento in loco de membro ou pessoal do Cade, visto que a transcrição da ata ou a gravação da assembleia somente trazem as informações ao conhecimento da autoridade em momento posterior e, portanto, indesejado pela consumação dos atos jurídicos perpetrados.

28. O acompanhamento em tempo real e no local da AGO permitirá um “flexibilização excepcional e controlada” no exercício dos direitos políticos sem colisão com as preocupações concorrenciais identificadas (acesso a informação sensível ou relevante, exercício de poder de interferência), propiciando-se um monitoramento sobre o objetivo pretendido: formação de quórum para garantir (definitivamente) a participação dos acionistas minoritários para proposição e eleição dos membros dos Conselhos Administrativo e Fiscal da Usiminas, como forma a se minimizar as preocupações identificadas neste opinativo.

29. Assim, sugerimos que o Conselho indique o(s) nome(s) de membro(s) para tal acompanhamento.

[...].

22. Especificamente em relação ao Cade, registro que a autarquia não ignora ser a CSN concorrente da Usiminas, tendo, inclusive, firmado TCD a fim de que as ações adquiridas fossem vendidas em determinados percentual e prazo, suspendendo, na ocasião, qualquer direito político delas decorrentes.

23. Parece-me que tal fato não inviabiliza, contudo, que a mesma autarquia, cercada de subsídios técnicos e jurídicos, flexibilize de forma excepcional o TCD, em verdadeiro juízo de ponderação de interesses em matéria concorrencial.

24. É de se registrar, outrossim, que os conselheiros indicados pela CSN e aprovados pelo Cade são denominados “Conselheiros Independentes”, que, conforme as regras do Novo Mercado da BM&FBovespa (criado em 2000 e responsável por estabelecer um padrão de governança corporativa altamente diferenciado, conforme informações disponíveis em, acessado em 22/06/2016 às 12h59) caracterizam-se por

[...] (i) não ter qualquer vínculo com a Companhia, exceto participação de capital; (ii) não ser Acionista Controlador, cônjuge ou parente até segundo grau daquele, ou não ser ou não ter sido, nos últimos 3 (três) anos, vinculado a sociedade ou entidade relacionada ao Acionista Controlador (pessoas vinculadas a instituições públicas de ensino e/ou pesquisa estão excluídas desta restrição); (iii) não ter sido, nos últimos 3 (três) anos, empregado ou diretor da Companhia, do Acionista Controlador ou de sociedade controlada pela Companhia; (iv) não ser fornecedor ou comprador, direto ou indireto, de serviços e/ou produtos da Companhia, em magnitude que implique perda de independência; (v) não ser funcionário ou

administrador de sociedade ou entidade que esteja oferecendo ou demandando serviços e/ou produtos à Companhia, em magnitude que implique perda de independência; (vi) não ser cônjuge ou parente até segundo grau de algum administrador da Companhia; e (ii) não receber outra remuneração da Companhia além daquela relativa ao cargo de conselheiro (proventos em dinheiro oriundos de participação no capital estão excluídos desta restrição) [...].

25. Amparados em tais fundamentos, não vejo a possibilidade, sob o aspecto material, de revisão da conclusão a que chegou o Cade, salvo, repita-se, em exame definitivo, distinto do realizado neste momento processual, se houver a constatação de alguma ilegalidade no ato em questão.

26. Passo a analisar, doravante, os aspectos formais das decisões do Cade impugnadas pela Usiminas.

27. Neste ponto, afirma a agravante os seguintes vícios que, em sua visão, ensejam o acolhimento da tutela de urgência: (a) incompetência do presidente do Cade para proferir a decisão, em clara violação ao princípio do juiz natural; e (b) ausência de deliberação válida quanto ao referendo pelo Tribunal do Cade.

28. Quanto à primeira tese, aduz a Usiminas que o presidente do Cade, ao invés de proceder à regular distribuição do pedido de flexibilização das condições de aprovação do ato de concentração a um conselheiro relator, optou por avocar a causa para si e proferir decisão *in limine*, não havendo na Lei 8.884/1994, vigente à época da decisão do ato de concentração, e na Lei 12.529/2011, vigente quando da celebração do TCD, tampouco em seu regimento interno, qualquer norma que permita a flexibilização da decisão do tribunal por ato monocrático da Presidência.

29. Parece-me, contudo, que razão não assiste à agravante.

30. Em memoriais cuja juntada outrora determinei, o Cade afirma que a flexibilização do TCD firmado com a CSN não se confunde com revisão de seu teor, hipótese em que seria necessária a distribuição do pleito a um relator. Confira-se o teor da respectiva manifestação:

[...].

35. O Cade definiu, em sede de análise de cumprimento de decisão, que, no atual contexto, a situação estrutural existente no mercado e os riscos potencialmente resultantes de problemas societários existentes na Usiminas legitimariam o acolhimento parcial da nova pretensão deduzida pela CSN para se evitar que aspectos societários e estruturais da primeira companhia pudessem conduzir a um estágio de prejuízos ao bem-estar concorrencial existente no setor siderúrgico brasileiro.

36. Em prosseguimento, destaque-se que o Presidente do Cade é autoridade competente para decidir a respeito do cumprimento das decisões proferidas pela autarquia, sujeitando-se a decisão proferida ao referendo do Tribunal Administrativo.

37. Com efeito, em se tratando de decisão que gira em torno de aspectos relacionados ao cumprimento do TCD celebrado, resta plenamente aplicável a Resolução 06, de 03 de abril de 2013, do Cade, que, dotada do status de resolução tal qual o Regimento Interno da autarquia, disciplina, de forma específica, a fiscalização do cumprimento das decisões e dos acordos celebrados pelo Cade.

38. Cumpre transcrever, dada a pertinência para o deslinde da preliminar aventada, os seguintes dispositivos da mencionada resolução:

Art. 1º Os autos dos procedimentos administrativos previstos na Lei 12.529/2011, após decisão final do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, serão encaminhados para a Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, para manifestação sobre o cumprimento das decisões, dos compromissos e dos acordos adotados pelo Tribunal.

§ 1º No exercício da atribuição prevista no caput, a Procuradoria poderá se valer do apoio dos órgãos integrantes do Cade.

§ 2º Os ofícios relativos à requisição de informações ou documentos necessários à análise do cumprimento das decisões, compromissos ou acordos serão expedidos pela Superintendência-Geral, após adoção da manifestação da Procuradoria pelo Superintendente-Geral e encaminhamento da respectiva decisão ao Tribunal, por meio de seu Presidente.

§ 3º A decisão do Superintendente-Geral a que se refere o § 2º será referendada em sessão pelo Tribunal.

Art. 3º Após a manifestação da Superintendência Geral, os autos serão encaminhados ao Tribunal, que decidirá sobre o cumprimento da decisão, compromisso ou acordo, nos termos do art. 9º, XIX, da Lei 12.529/2011.

31. Relevantes são as alegações do Cade em memoriais, parecendo-me que, em se tratando de flexibilização do TCD, desnecessária a distribuição do pedido a um conselheiro relator, tese defendida pela agravante.

32. De qualquer forma, ainda que outro fosse o entendimento, fato é que o Tribunal Administrativo do Cade referendou a decisão do presidente consubstanciada nos Despachos 118/2016 e 121/2016, de modo que, ainda que houvesse vício de competência naquele primeiro momento, restou ele suprido pela apreciação da matéria pela instância máxima da autarquia.

33. O segundo vício de regularidade formal que a agravante alega é a ausência de deliberação válida quanto ao referendo. Aduz, para tanto, que, havendo empate na deliberação, o que ocorreu no caso concreto, o Presidente possui voto de qualidade para fins de desempate. O voto de qualidade, contudo, deve ser expresso, o que apenas ocorreu em relação à homologação do Despacho 121/2016, tendo havido omissão quanto ao Despacho 118/2016.

34. Neste ponto, e apesar do esforço argumentativo, entendo seja perceptível que o voto de qualidade previsto no inciso II do art. 11 do Regimento Interno do Cade ocorreu tanto em relação ao Despacho 121/2016 quanto em relação ao Despacho 118/2016, ainda que da ata de julgamento haja referência expressa apenas ao primeiro.

35. Tanto é assim que, logo após o trecho sublinhado pela agravante nas razões recursais (fl. 21), há expressa indicação de que “Os despachos PRES nºs 118/2016 e 121/2016 foram homologados, por maioria, pelo Plenário do Cade. Vencidos os Conselheiros João Paulo de Resende e Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Impedido o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo”.

36. Além disso, a própria agravante reconhece que os vícios formais apontados são de menor relevância (fl. 22), não havendo como, portanto, também sob esse aspecto, acolher a alegação de nulidade da decisão do Cade.

37. Examino, por fim, as teses de que (a) há vício na fundamentação da decisão do Cade, vez que o suposto risco que a motivou não se verificou na AGO de 28/04/2016; (b) há nulidade decorrente da ausência de análise das propostas dos controladores Ternium e Nippon; e (c) é vedada a atuação da CSN em matérias em relação às quais haja conflito de interesse com a Usiminas, como é a deliberação para composição do Conselho de Administração.

38. Quanto à primeira delas, afirma a agravante que o fundamento das decisões da Presidência e do voto declarado vencedor no Plenário do Cade foi o de assegurar a representação de minoritários, ante o risco de que, sem a ação da CSN, eles não se organizassem para eleger um representante para o Conselho de Administração.

39. Aduz, ainda, que, assim como é direito dos minoritários de se organizarem para a eleição de representantes nos órgãos de gestão e fiscalização das companhias abertas, também é direito deles não se organizarem e terem participação minoritária passiva apenas, não cabendo ao Cade interferir para garantir que eles se organizem ou deixem de se organizar.

40. Apesar do quanto alegado pela agravante, o que verifico, em princípio, é que a intenção do Cade não foi a de pura e simplesmente assegurar a representação de minoritários nos Conselhos de Administração e Fiscal da Usiminas, mas sim, em última análise, a manutenção de um ambiente concorrencialmente saudável.

41. É o que se verifica da leitura do Despacho 118/2016, de cujo teor extraio o seguinte:

[...].

20. Afinal, o que quis o TCD quando de sua assinatura – e o que deve o Cade continuar observando – é a manutenção do ambiente concorrencialmente saudável. Se é verdade que permitir à CSN que indique conselheiros que a representem diretamente irá afetar de forma negativa a Usiminas, também é verdade que impedir a eleição de minoritários ou dificultá-la sobremaneira pode gerar efeitos negativos no mercado, culminando, no caso mais extremo, até na própria recuperação judicial da empresa. O Cade não pode permitir que sua decisão, que visa proteger a concorrência, acabe por prejudicá-la. Em outras palavras, caso tal cenário de recuperação venha a se concretizar e considerando que o Cade já entendeu que o mercado relevante desta indústria é nacional, eventual quebra da Usiminas diminuiria os níveis de rivalidade no mercado, rivalidade esta que é exercida em face da própria CSN.

21. Configurada a plausibilidade da alegação da CSN, resta saber se a solução proposta para o problema societário resguarda de forma adequada os interesses da defesa da concorrência.

22. Tendo em vista que a solução apresentada subjugava os conselheiros indicados aos requisitos do Novo Mercado – duplamente aplicados, pois referem-se tanto à CSN quanto à Usiminas – e cria ainda obrigações adicionais de fidúcia para com o próprio Cade, não vejo como concluir de outra forma que não pela admissão do pedido, ao menos em abstrato. Trata-se dos requisitos mais elaborados do direito brasileiro, aceitos e reconhecidos pelo órgão regulador do setor – a Comissão de Valores Mobiliários, acrescidos de deveres bastante onerosos com a própria autoridade de defesa da concorrência. [...].

42. Assim, não vislumbro, por ora, o alegado vício na fundamentação.

43. Quanto à segunda tese — nulidade pela não apreciação das propostas dos controladores Nippon e Ternium —, também entendo não assistir razão à agravante.

44. E isso porque quer me parecer que a só apreciação do pedido de flexibilização do TCD formulado pela CSN, e a rejeição de análise da proposta apresentada pela agravante sob a alegação de que não haveria tempo hábil para tanto, não torna nula a decisão tomada pelo presidente do Cade e referendada por seu Tribunal Administrativo.

45. Examino, por fim, a última tese defendida pela agravante — a autorização de eleição dos conselheiros indicados pela CSN deu-se em clara violação ao art. 115, § 1º, da Lei das S.A., que assim dispõe:

Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

§ 1º. O acionista não poderá votar nas deliberações da assembleia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.

46. Neste particular, e considerando que a alegação da Usiminas é no sentido de que a CSN ganha mais com a derrocada da agravante que com sua saída da crise financeira que enfrenta, valho-me dos fundamentos já expostos em parágrafos anteriores, no sentido de que a decisão do Cade, que não ignora a condição de concorrente da CSN, é técnica e teve por fundamento manter a saúde do ambiente concorrencial, não havendo, ao que parece, qualquer ilegalidade nos atos impugnados a ensejar a suspensão de seus efeitos.

47. Com base nos fundamentos expostos, entendo deva ser mantida a decisão agravada.

Pelo exposto, *indeferio o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.*

(Agravado de Instrumento 0034067-64.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, *e-DJF1* de 27/06/2016, p. 1.521)

Agravo de Instrumento 0028460-70.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Maracás em face da decisão que indeferiu o pedido de concessão de tutela provisória na ação em que se busca a anulação das estimativas populacionais anuais do município desde 2013, sob o argumento de que houve erro quando da diminuição drástica no número de habitantes do município.

Sustenta o agravante, em síntese, ausência de razões técnicas para inversão da tendência de crescimento para decréscimo populacional antes de um novo censo.

Alega que, nos dois primeiros anos após o censo populacional — 2011 e 2012 — houve crescimento populacional médio de 0,83%, revertido para forte decréscimo populacional de 2,13%, 1,37% e 1,68%, de forma injustificada, irrazoável e desproporcional.

Aduz que não é possível a inversão da tendência de crescimento, porquanto o município experimentou, entre o censo de 2010 e a estimativa de 2015, crescimento vegetativo positivo de 1.360 pessoas, bem como a realização de investimento de exploração e beneficiamento de pentóxido de vanádio, gerando empregos e atraindo investimentos paralelos, como novos estabelecimentos hoteleiros, restaurantes e agências bancárias.

Notícia, ainda, a omissão do IBGE na realização do censo agropecuário 2015 e contagem da população do interior, como é de sua obrigação em face da Lei 8.184/1991.

Art. 2º A Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) realizará, tendo como referência, o ano de 1991, os seguintes censos:

a) Censo Demográfico (população e domicílios);

b) Censo Econômico (agropecuário, industrial, comercial e de serviços).

Assim, por conta do erro do IBGE, o município teve seu coeficiente de participação no FPM reduzido de 1,4 para 1,2, o que implica dano financeiro efetivo de mais de R\$ 200.000,00/mês

[...] emerge o necessário confronto entre a existência de elementos seguros da realidade populacional do Município e a estimativa matemática apresentada pelo IBGE, ao menos para manter-se o estado da situação, no curso do litígio, sobretudo quando a drástica mudança para pior das finanças públicas municipais estão sendo impostas por diferença de 21 habitantes [...] sobre a criação de novos postos de trabalho no município, por ocasião da atividade de operação, extração e beneficiamento de minério de vanádio, somente este dado não é suficiente para identificar quantos, dentre esses empregados, eram residentes no município, sendo para tanto necessário proceder a uma nova operação censitária.

Ademais, salienta que o Tribunal Regional Eleitoral certificou que, no ano de 2015, o município agravante possuía 20.193 eleitores, e o Ministério da Educação/FNDE certificou que transfere recursos para a educação infantil ao agravante, conforme seus registros e acompanhamento, de 4.028 alunos, até 14 anos. Logo, somando os dados dos dois órgãos, a população municipal seria, no mínimo, de 24.221 habitantes.

Defende, portanto, que a projeção do IBGE de existirem no município agravante 23.751 habitantes (2015), ou seja, 21 a menos do índice populacional necessário para manter o recebimento das verbas até a revisão, qual seja, 23.772 habitantes, está incorreta.

Por sua vez, o IBGE entendeu que

[...] um aumento do número de nascimentos maior do que o de óbitos não necessariamente indica um aumento real da população, dado que a população recente de uma determinada área é o resultado de um estoque populacional inicial ao qual são adicionados ao balanço entre os nascimentos e os óbitos ocorridos no respectivo intervalo de tempo, além do saldo migratório observado no mesmo período. [...] a metodologia utilizada na obtenção de registros administrativos por diferentes fontes, tais como as citadas, Cadastro Eleitoral, Cadastro Único – CADÚNICO e Sistema de Atenção Básico, difere da metodologia utilizada pelo IBGE no levantamento populacional e possuem objetivos específicos e diversos, podendo ou não indicar um real aumento populacional [...].

É o relatório do essencial.

Com efeito, cabe ao IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e *Estatística*, nos termos da Lei Complementar 91/1997 e da Lei 8.443/1992, prestar informação de natureza demográfica, cujos dados gozam de atributo de oficialidade.

O IBGE não indica o percentual do FPM a ser repassado, apenas informa ao TCU a retificação dos dados demográficos, cabendo àquela corte o cálculo das respectivas cotas (art. 161, parágrafo único, da Constituição Federal, e LC 62/1989).

Assim está previsto na LC 91/1997:

Art. 1º Fica atribuído aos Municípios, exceto os de Capital, coeficiente individual no Fundo de Participação dos Municípios – FPM, segundo seu número de habitantes, conforme estabelecido no § 2º do art. 91 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 1.881, de 27 de agosto de 1981.

§ 1º Para os efeitos deste art., consideram-se os Municípios regularmente instalados, fazendo-se a revisão de suas quotas anualmente, com base nos dados oficiais de população produzidos pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, nos termos do § 2º do art. 102 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.

A LC 62/1989 disciplina que:

Art. 1º O cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE e do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, de que tratam as alíneas a e b do inciso I do art. 159 da Constituição, far-se-ão nos termos desta Lei Complementar, consoante o disposto nos incisos II e III do art. 161 da Constituição.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste art., integrarão a base de cálculo das transferências, além do montante dos impostos nele referidos, inclusive os extintos por compensação ou dação, os respectivos adicionais, juros e multa moratória, cobrados administrativa ou judicialmente, com a correspondente atualização monetária paga.

Art. 2º Os recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE serão distribuídos da seguinte forma:

I - 85% (oitenta e cinco por cento) às Unidades da Federação integrantes das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste;

II - 15% (quinze por cento) às Unidades da Federação integrantes das regiões Sul e Sudeste.

§ 1º Os coeficientes individuais de participação dos Estados e do Distrito Federal no Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE a serem aplicados até o exercício de 1991, inclusive, são os constantes do Anexo Único, que é parte integrante desta Lei Complementar.

§ 2º Os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, a vigorarem a partir de 1992, serão fixados em lei específica, com base na apuração do censo de 1990.

§ 3º Até que sejam definidos os critérios a que se refere o parágrafo anterior, continuarão em vigor os coeficientes estabelecidos nesta Lei Complementar.

Art. 3º Ficam mantidos os atuais critérios de distribuição dos recursos do Fundo de Participação dos Municípios até que lei específica sobre eles disponha, com base no resultado do Censo de 1991, realizado pela Fundação IBGE. (Redação dada pela LCP 71, de 03/09/92)

Parágrafo único. A lei estabelecerá os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, a vigorarem a partir de 1992, com base na apuração do Censo de 1990.

Art. 4º A União observará, a partir de março de 1990, os seguintes prazos máximos na entrega, através de créditos em contas individuais dos Estados e Municípios, dos recursos do Fundo de Participação:

I - recursos arrecadados do primeiro ao décimo dia de cada mês: até o vigésimo dia;

II - recursos arrecadados do décimo primeiro ao vigésimo dia de cada mês: até o trigésimo dia;

III - recursos arrecadados do vigésimo primeiro dia ao final de cada mês: até o décimo dia do mês subsequente.

§ 1º Até a data prevista no caput deste art., a União observará os seguintes prazos máximos:

I - recursos arrecadados do primeiro ao vigésimo dia de cada mês: até o décimo quinto dia do mês subsequente;

II - recursos arrecadados do vigésimo primeiro dia ao final de cada mês: até o vigésimo dia do mês subsequente.

§ 2º Ficam sujeitos à correção monetária, com base na variação do Bônus do Tesouro Nacional Fiscal, os recursos não liberados nos prazos previstos neste art..

Art. 5º O Tribunal de Contas da União efetuará o cálculo das quotas referentes aos Fundos de Participação e acompanhará, junto aos órgãos competentes da União, a classificação das receitas que lhes dão origem.

Parágrafo único. No caso de criação e instalação de Município, o Tribunal de Contas da União fará revisão dos coeficientes individuais de participação dos demais Municípios do Estado a que pertence, reduzindo proporcionalmente as parcelas que a estes couberem, de modo a lhe assegurar recursos do Fundo de Participação dos Municípios - FPM.

Art. 6º A União divulgará mensalmente os montantes dos impostos arrecadados e classificados para efeitos de distribuição através dos Fundos de Participação e os valores das liberações por Estado e Município, além da previsão do comportamento dessas variáveis nos 3 (três) meses seguintes ao da divulgação.

Art. 7º A União, através do Ministério da Fazenda, e o Tribunal de Contas da União baixarão, nas suas respectivas áreas de competência, as normas e instrução complementares necessárias ao pleno cumprimento do disposto nesta Lei Complementar.

Art. 8º Esta Lei Complementar entra em vigor a partir do primeiro mês subsequente ao de sua publicação.

Art. 9º Revogam-se as disposições em contrário.

Ora, conforme observou este Tribunal,

Havendo previsão na Lei 8.184/91 de que o recenseamento populacional se realiza a cada dez anos, apresenta-se como juridicamente válida a formulação das estatísticas populacionais anuais através do Sistema de Projeções e Estimativas Populacionais do IBGE, instrumento tecnicamente adequado ao fim almejado, tanto mais quando referido critério é utilizado indistintamente para todos os municípios, em obediência ao princípio da isonomia. (AC 1999.34.00.026823-8/DF, rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Oitava Turma, e-DJF1, p. 278, de 31/10/2008.)

Sucedo que, no caso, que no ano de 2011 o IBGE apurou para o município agravante uma população de 24.613 habitantes e em 2012, população de 25.024 habitantes. Logo, soa estranho a estimativa para o mesmo município de 24.491 habitantes em 2013, 24.156 em 2014 e 23.751 em 2015, levando-se em conta as localidades que passaram a integrar o território do município agravante (fl. 150); os registros de nascimento — 1960 — e de óbitos — 624, entre os anos de 2010-2015 (fl.182); cadastro eleitoral — 19.858/2013, 20.163/2014 e 20.193/2015 (fl. 378).

Vê-se, assim, que 21 habitantes estão dentro da margem aceitável de erro por estimativa.

Nestas circunstâncias, o IBGE haveria de demonstrar que razões levaram a tal solução. Conquanto seja possível a redução populacional de determinado município, os fatos acima narrados e demonstrados revelam situação de erro ou de arbítrio no que se refere à fixação da estimativa populacional do agravante para o ano de 2013 e seguintes.

Ademais, de acordo com o documento de fl. 138, não havia razão, quer do ponto de vista técnico, quer operacional, para explicar o porquê da inversão da tendência de crescimento populacional:

Sr. Chefe da UE/BA

Após análise do presente expediente, não vislumbramos uma razão, quer do ponto de vista técnico, quer operacional, minimamente suficiente para explicar ao reclamante sobre o porquê da inversão da tendência de crescimento populacional gravada a partir dos números populacionais estimados a partir de 2013 para o município de Maracás.

Efetivamente, nos anos de 2011 e 2012, o município experimentou aumentos gradativos de suas populações estimadas em relação ao que fora recenseado em 2010. Não obstante, a tendência positiva de crescimento que vinha sendo então vivenciada, em 2013 e, subsequentemente, nos anos de 2014 e 2015, o município tem tido suas populações estimadas, divulgadas pelo IBGE, reduzida de forma sistemática e sucessiva, inclusive com os números estabelecidos inferiores àquele computado em 2010.

Destarte, sugerimos o envio deste processo à DPE/COPIS com vistas a apresentar uma argumentação consistente do ponto de vista técnico e estatístico sobre a questão específica ora aventada, de modo a amparar uma resposta oficial desta UE/BA à prefeitura reclamante. Em adição, informamos que o município teve seus limites territoriais atualizados e observados quando da estimativa de 2014, sem implicar, contudo, remanejamento populacional deficitário para si.

Em face do exposto, *dou provimento ao agravo de instrumento* para determinar a suspensão da aplicação do redutor financeiro de 0.2 no cálculo da quota do Fundo de Participação dos Municípios para o exercício de 2015.

(Agravo de Instrumento 0028460-70.2016.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal José Amílcar Machado, *e-DJF1* de 24/06/2016, p. 1.836)

Conflito de Competência 0029733-84.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Novély Vilanova

Revogo a decisão do relator de 31/05/2016 (objeto de conflito negativo de competência) e *defiro* a antecipação recursal da tutela requerida pela autora, suspendendo a cobrança do rateio dos "Encargos de Serviço do Sistema"/ESS, inclusive na composição do "Preço de Liquidação das Diferenças"/PLD, previsto nos arts. 2º e 3º da Resolução 3/2013 do presidente do Conselho Nacional de Política Energética/CNPE:

Art. 2º Por decisão do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE, extraordinariamente e com o objetivo de garantir o suprimento energético, o ONS poderá, adicionalmente ao indicado pelos programas computacionais, despachar recursos energéticos ou mudar o sentido do intercâmbio entre submercados.

[...]

§ 5º O custo do despacho adicional, referido no § 4º, será rateado entre todos os agentes de mercado, proporcionalmente à energia comercializada nos últimos doze meses, inclusive o mês corrente, de acordo com as normas vigentes, mediante processo de contabilização e liquidação da CCEE, e será cobrado mediante Encargo de Serviços do Sistema por motivo de segurança energética, na forma do disposto no art. 59 do Decreto no 5.163, de 30 de julho de 2004.

Art. 3º O despacho adicional de usinas acionadas na forma do caput do art. 2º, transitoriamente, será regido pelas seguintes diretrizes:

I - no mês de março de 2013, terá seu custo rateado proporcionalmente ao consumo médio de energia, nos últimos doze meses, por todos os agentes com medição de consumo do Sistema Interligado Nacional – SIN e será cobrado mediante Encargo de Serviços do Sistema por motivo de segurança energética, conforme o disposto no art. 59 do Decreto no 5.163, de 30 de julho de 2004; e

II - a partir da primeira semana operativa de abril de 2013 e até que se efetive o disposto no art. 1º, poderá resultar em aumento no valor do PLD, cujo incremento, bem como o rateio do custo deste despacho adicional serão determinados pelo procedimento constante do Anexo a esta Resolução.

Em princípio, há probabilidade de provimento do recurso e existe risco de dano grave ou de difícil reparação. Julgada improcedente a demanda (ato judicial negativo), o caso é de antecipar a tutela recursal (NCPC, art. 300) e não suspender a eficácia da sentença (art. 1.012, § 4º).

A Lei 9.478/1997, que dispõe sobre a política energética nacional, não autoriza o CNPE instituir encargo financeiro mediante resolução.

Assim, a Resolução 3/2013 do CNPE, que atribuiu a todos os agentes de mercado o rateio do custo do despacho adicional de energia elétrica (sobretarifa – política tarifária) desrespeitou o princípio da reserva legal, nos termos da Constituição, art. 175/III.

Nesse sentido AC 08020317420134058100, r. Fialho Moreira, 4ª Turma/TRF5 em 11/11/2014:

3. A controvérsia consiste em saber se a Resolução n.º 03/2013, do Conselho Nacional de Política Energética, pode validamente atribuir aos demais agentes geradores de energia elétrica, entre os quais se inserem os agentes geradores de energia eólica (caso dos autos), a participação na cobertura de custos dos serviços do Sistema Interligado Nacional (SIN), resultantes do pagamento de Encargos por Segurança Energética aos agentes geradores térmicos que realizem geração de energia fora da ordem de mérito de custo, com vistas a garantir a segurança do suprimento energético nacional, em atenção a solicitação de despacho do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS).

4. Não obstante a Lei n.º 10.438/2002 tenha atribuído à classe dos consumidores o ônus pelo pagamento do adicional tarifário, nos moldes a serem definidos em regulamento da Agência Nacional de Energia Elétrica, a Resolução n.º 3/2013, do Conselho Nacional de Política Energética estendeu a responsabilidade pelo pagamento do encargo a todos os agentes de mercado. E não parece haver dúvidas de que o aludido encargo, ao ser estendido a todos os agentes de mercado, alcança os agentes geradores de energia eólica.

5. Consta expressamente do art. 2º, parágrafo 5º, da Resolução n.º 3/2013, que o custo do despacho adicional de usina termelétrica, acionada por decisão do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico - CMSE, deverá ser rateado entre todos os agentes de mercado, proporcionalmente à energia comercializada nos últimos doze meses, mediante processo de contabilização e liquidação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, sendo cobrado mediante Encargo de Serviços do Sistema por motivo de segurança, na forma do art. 59 do Decreto n.º 5.163/2004.

6. A mesma resolução determina que, na composição do Preço de Liquidação das Diferenças - PLD (valor do megawatt que será pago pelo agente gerador caso tenha que adquirir energia elétrica no Mercado de Curto Prazo), seja considerado o rateio do custo do despacho adicional.

7. Os Encargos de Serviço do Sistema (ESS) constituem espécie de preço público destinado a custear a geração extraordinária de energia elétrica (fora da ordem de mérito de custo) visando à garantia da estabilidade e da segurança do Sistema Interligado Nacional (SIN).

8. Afigura-se razoável considerar os Encargos de Serviço do Sistema (ESS) como espécie de preço público, considerando ser este o sentido da expressão utilizado no Glossário de Termos da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, aprovado pelo Despacho Aneel 650 de 14 de março de 2007, bem como, pelo fato de que a Lei n.º 10.438/2002, denomina de adicional tarifário específico os custos, inclusive de natureza operacional, tributária e administrativa, relativos à aquisição de energia elétrica (kWh)

9. Tomando de empréstimo o pronunciamento do Ministro Moreira Alves no julgamento da ADC-9/DF, que tinha por objeto a constitucionalidade dos arts. 14 a 18 da Medida Provisória n.º 2.152-2/2001, editada para gestão da crise de energia elétrica, por meio da qual foram fixadas de metas de consumo e de um regime especial de tarifação, tem-se como possível a fixação de uma sobretarifa, com natureza de preço público, não destinada à contraprestação pela prestação do serviço, mas que com ele guarde alguma relação.

10. Colhe-se da ementa do julgamento da ADC-9/DF, que a sobretarifa, destinada a custear despesas adicionais necessárias a manutenção e continuidade da prestação do serviço, mantém sua natureza de tarifa, e, como tal, está sujeita à política tarifária.

11. Se a fixação da sobretarifa, que parece ser a natureza da parcela paga a título de Encargos de Serviço do Sistema, depende da política tarifária, há que se reconhecer que essa sobretarifa, ou a imposição a outros sujeitos passivos, depende da edição de lei, em face do que preceitua o art. 175, III, da Constituição Federal.

12. Afronta a lei, senão a própria Constituição a fixação de tarifas, ou a imposição de tarifas já fixadas a sujeitos passivos diversos daquele previsto na Lei n.º 10.438/2002.

13. Mesmo que se cogitasse, em razão do exercício do poder normativo regulamentar, a possibilidade de extensão do partilhamento do custo do adicional tarifário a sujeitos que não os próprios consumidores, tal providência caberia apenas à Aneel - Agência Nacional de Energia Elétrica, pois essa atribuição compete apenas às agências reguladoras, e até mesmo em face do que determina o art. 1º da Lei n.º 10.438/2002.

14. Reconhecimento da ilegalidade na cobrança da parcela denominada Encargos do Serviço do Sistema (ESS), por motivo de segurança energética, prevista nos arts. 2º e 3º da Resolução 03/2013 do Conselho Nacional de Política Energética.

15. O Agravo de Instrumento retido objetiva a antecipação da tutela recursal a fim de que seja determinada a suspensão dos efeitos dos 2º e 3º da Resolução 03/2013 do CNPE, com a consequente suspensão da cobrança de valores respaldada naquela resolução e a devolução do que já tiver sido cobrado/descontado.

16. Vislumbra-se que o risco de lesão grave e de difícil reparação encontra-se suficientemente evidenciado, haja vista que a cobrança da parcela denominada de Encargos do Serviço do Sistema (ESS), por motivo de segurança energética, sem alguma contraprestação ou sem que estivesse prevista por ocasião da assinatura do contrato põe em risco seu equilíbrio econômico-financeiro, gozando de forte aptidão para impactar sensivelmente o desenvolvimento da atividade econômica.

[...]

Comunicar ao relator do conflito suscitado (r. Ney Bello), publicar e intimar a União/PRU para providenciar o imediato cumprimento desta decisão, sob pena de multa diária de R\$ 5 mil.

(Conflito de Competência 0029733-84.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Novély Vilanova, *e-DJF1* de 27/06/2016, p. 975)

Conflito de Competência 0009467-76.2016.4.01.0000/MA

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Açailândia/MA em virtude de decisão do Juízo Especial Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Imperatriz/MA, que declinou de sua competência ao argumento de que, nas ações previdenciárias decorrentes de acidentes de trabalho, a competência será da Justiça Estadual.

Diz o juízo suscitante, por sua vez, que no item 10 da perícia médica oficial, juntada à fl. 22, é possível verificar que a incapacidade do autor não decorre de acidente de trabalho.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento do conflito, para declarar competente o Juízo Especial Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Imperatriz/MA.

Decido.

Na hipótese dos autos, a pretensão do autor é a conversão do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez. Alega estar impossibilitado de exercer suas atividades, permanentemente, em razão de sofrer dores intensas, após ter-se submetido a osteotomia valgizante devido à gonartrose precoce.

O Juízo Federal Especial da Subseção Judiciária de Imperatriz-MA, onde foi proposta a ação, após a resposta do INSS, que alegou tratar-se de benefício previdenciário de natureza acidentária (auxílio-doença), declinou de sua competência para o juízo estadual, nos termos do art. 109, I, da Constituição.

O Juízo Estadual de Açailândia-MA suscitou conflito negativo de competência, à vista da perícia realizada de ofício, conforme ato ordinatório antecedente, ao fundamento de que o perito, à indagação da origem da incapacidade, se em decorrência de acidente de trabalho, respondeu que não tinha essa origem acidentária,

Se por um lado, há mesmo essa resposta, por outro, o extrato de informação do benefício previdenciário 1.284.400.237-6 (INFBEN) atesta que o benefício até então percebido pelo autor é de natureza acidentária (fl. 13), cuja prorrogação fora deferida com termo final indicado (fl. 14), sendo essa cessação exatamente a causa de pedir.

A pretensão refere-se à impossibilidade de o segurado continuar exercendo sua atividade profissional, por isso deveria ser aposentado imediatamente (fl. 5), em razão da incapacidade permanente de que se afirma portador, cuja natureza é acidentária.

Este tribunal tem-se orientado no sentido de que a competência para processamento e julgamento das causas decorrentes de acidente de trabalho é da Justiça Estadual, *verbis*:

REEXAME NECESSÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE AUXÍLIO DOENÇA DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. ART. 109, INC. I DA CF/88 E SÚMULA 15 DO STJ.

1. Consoante dispõe o art. 109, inc. I, da Constituição Federal, bem como as Súmulas 15 do STJ e 501 do STF, as causas relativas a acidente do trabalho, como a aposentadoria por invalidez e o auxílio-acidente, devem ser processados e julgados pela Justiça Estadual.

2. É firme o entendimento jurisprudencial desta Corte no sentido de que a competência para o processo e julgamento de litígio relativo a acidente de trabalho é da Justiça Comum Estadual, em ambos os graus de jurisdição, por força do que dispõe o art. 109, I, da CF/88.

3. No caso, trata-se de pedido de revisão de auxílio-doença decorrente de acidente de trabalho, tendo o processo tramitado perante o Juízo de Direito da 1ª Vara da Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Várzea Grande.

4. Reconhecida a incompetência recursal desta Corte. Remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

(REO 0053400-89.2012.4.01.9199 / MT, Rel. JUIZ FEDERAL WARNEY PAULO NERY ARAUJO (CONV.), PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 de 27/05/2016)

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. ACIDENTE DO TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Consoante dispõe o art. 109, inciso I da Constituição Federal, bem como as Súmulas 15 do STJ e 501 do STF, as causas relativas a acidente do trabalho, como a aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente e auxílio-doença, devem ser processadas e julgadas pela Justiça Estadual.

2. Entendimento jurisprudencial desta Corte no sentido de que a competência para o processo e julgamento de litígio relativo a acidente de trabalho é da Justiça Comum Estadual, em ambos os graus de jurisdição, por força do que dispõe o art. 109, I, da CF/88.

3. Incompetência da justiça federal reconhecida de ofício. Remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, para regular prosseguimento do feito.

(AC 0039433-11.2011.4.01.9199 / MG, Rel. JUIZ FEDERAL RÉGIS DE SOUZA ARAÚJO, PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 de 14/04/2016)

PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZOS ESTADUAIS. ACIDENTE DO TRABALHO. AUXÍLIO-ACIDENTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Consoante dispõe o art. 109, inciso I da Constituição Federal, bem como as Súmulas 15 do STJ e 501 do STF, as causas relativas a acidente do trabalho, como a aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente e auxílio-doença, devem ser processadas e julgadas pela Justiça Estadual.

2. Entendimento jurisprudencial desta Corte no sentido de que a competência para o processo e julgamento de litígio relativo a acidente de trabalho é da Justiça Comum Estadual, em ambos os graus de jurisdição, por força do que dispõe o art. 109, I, da CF/88.

3. Incompetência do TRF da 1ª Região para julgar conflito negativo de competência entre juízos estaduais. Remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, para regular prosseguimento do feito.

(CC 0044888-98.2014.4.01.0000 / MT, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO LUIZ DE SOUSA, PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF1 p.89 de 30/09/2015)

Portanto, sendo a incapacidade da parte autora de natureza acidentária, a competência para o processamento do feito será do Juízo Estadual.

Em face do exposto, conheço do presente conflito negativo de competência para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Açailândia/MA, o suscitante.

(Conflito de Competência 0009467-76.2016.4.01.0000/MA, rel. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira, e-DJF1 de 1º/07/2016, p. 8)

Agravo de Instrumento 0058133-84.2011.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, interposto pelo *Instituto Nacional do Seguro Social* – INSS em face de decisão proferida pelo Juízo da Comarca de Capelinha/MG que, nos autos da ação previdenciária proposta por *Zélia Ferreira dos Santos*, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para determinar ao agravante a concessão do benefício previdenciário de auxílio-doença.

O agravante alega, em síntese, que há risco de dano irreversível, visto que dificilmente os valores pagos serão restituídos ao Erário, ante a sua destinação à subsistência; que inexistem os requisitos necessários à antecipação da tutela; que não há prova inequívoca do direito vindicado, pois a perícia médica oficial daquele instituto negou a continuidade do benefício demandado; que é indevido o pagamento retroativo de verbas em sede de provimento liminar.

Requer a atribuição do efeito suspensivo e a reforma da decisão impugnada.

II - Agravo de instrumento interposto na regência do CPC de 1973

A lei processual apanha os feitos pendentes, mas, conforme o princípio do isolamento dos atos processuais e o da irretroatividade da lei, as decisões já proferidas não são alcançadas pela lei nova. Os pressupostos de existência e requisitos de validade dos atos processuais são os definidos pela lei então vigente, e rege-se o recurso pela lei em vigor no primeiro dia do prazo respectivo. Não se volta ao passado para invalidar decisões e aplicar regra processual superveniente.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça, na sessão plenária do dia 9 de março de 2016, aprovou enunciados administrativos do novo CPC, tratando do direito intertemporal, referente à aplicação da regra nova ou da antiga, conforme o caso.

No caso dos recursos, em geral, interpostos com fundamento no CPC/1973, é oportuno destacar dois enunciados, *in verbis*:

Enunciado administrativo número 2

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Enunciado administrativo número 5

Nos recursos tempestivos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016), não caberá a abertura de prazo prevista no art. 932, parágrafo único, c/c o art. 1.029, § 3º, do novo CPC.

Essas orientações, embora adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça nos casos de sua competência, podem ser também observadas pelos demais tribunais, porque relativas a recursos interpostos sob a regência do antigo CPC, seja sobre a admissibilidade, seja sobre o mérito, e sabe-se que onde há mesma razão deve haver o mesmo direito.

Esse é o caso dos autos.

Com efeito, a decisão recorrida foi proferida sob a vigência do CPC de 1973, de modo que se lhe aplicam as regras do CPC antigo e a jurisprudência respectiva, inclusive para negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de tribunal superior, bem como para dar ou negar provimento a recurso em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de tribunal superior.

III - Da impossibilidade do pagamento retroativo de verbas em sede liminar

Colhe-se da decisão agravada o seguinte excerto:

Ante todo o exposto, e em face das provas acostadas aos autos, DEFIRO a tutela antecipada, nos termos do art. 273 do CPC, devendo ser intimado o INSS a restabelecer, no prazo de três dias a partir da ciência desta decisão, o benefício do auxílio-doença em favor de ZÉLIA FERREIRA DOS SANTOS, benefício n. 5448123585, com acréscimo de juors legais de 1% ao mês, bem como correção monetária pela tabela da Corregedoria de Justiça de Minas Gerais, e parcela atinente ao 13º salário, tudo nos termos da Lei 8.213/91, incidentes a partir da data da cessação do benefício.

Sucedede que a jurisprudência deste Tribunal encontra-se sedimentada no sentido de que é imprescindível a ocorrência do trânsito em julgado da decisão para a execução de parcelas retroativas.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - ART. 273, I E II DO CPC - OCORRÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS - PAGAMENTO IMEDIATO DAS PARCELAS VENCIDAS - IMPOSSIBILIDADE - AGRAVO PROVIDO EM PARTE. 1- A antecipação dos efeitos da tutela pressupõe prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou que haja abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, incisos I e II, do CPC). 2- Ocorrência, "in casu", dos requisitos legais ensejadores da medida antecipatória, relativamente ao restabelecimento do benefício. 3- Impossibilidade de pagamento retroativo das prestações em atraso e a partir do sobrestamento do primeiro benefício (01/52.723.096-0), pois inexistente, aí, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. 4 - Decisão reformada em parte. 5- Agravo de Instrumento provido em parte. (AG 0131324-51.2000.4.01.0000 / MA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ GONZAGA BARBOSA MOREIRA, PRIMEIRA TURMA, DJ p.16 de 16/02/2004)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA PARA IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO. VALORES EM ATRASO. TRÂNSITO EM JULGADO. NECESSIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. 1. Como regra, sendo concedida a antecipação dos efeitos da tutela na forma do art. 273 do CPC então vigente, a apelação é recebida apenas no efeito devolutivo, garantindo o recebimento do benefício até o trânsito em julgado da decisão condenatória. 2. A execução provisória, em matéria previdenciária, pode ser processada regularmente até a fase de embargos, a partir de quando deverá ser suspensa a execução para aguardar o trânsito em julgado da ação condenatória. Precedente desta Corte (AC 0011695-14.2012.4.01.9199/MG - Relatora Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas - 1ª Turma - e-DJF1 de 05/05/2015). 3. Apelação do exequente parcialmente provida. (AC 00309399720074013800, JUIZ FEDERAL MURILO FERNANDES DE ALMEIDA, TRF1 - 1ª CÂMARA REGIONAL PREVIDENCIÁRIA DE MINAS GERAIS, e-DJF1 DATA:23/05/2016 PAGINA:.)

IV - Da análise da capacidade laborativa

Da análise dos documentos disponíveis, entretanto, verifica-se que o INSS não juntou neste agravo *o laudo médico da perícia administrativa*, muito embora a autarquia reitere em suas razões recursais que não foi constatada, na perícia médica oficial, a incapacidade para a vida independente e para o trabalho da parte agravada.

Assim, ante a *ausência do laudo médico do INSS*, e mediante um cotejamento de princípios, tendo a razoabilidade como norte, o risco de irreversibilidade da demanda, neste caso, se mostra sobrepujado pelo caráter de subsistência do benefício pretendido, *sem prejuízo da realização de perícia judicial que venha comprovar a capacidade para o trabalho da parte agravada*.

Ademais, esta Corte, na esteira do e. STJ, entende que o agravante, além de providenciar a juntada das peças obrigatórias previstas no art. 525, I, do CPC/1973, quando da instrução do recurso, também deve, necessariamente, juntar outras peças, sem as quais a apreciação do recurso resta prejudicada, como se infere dos seguintes arestos, *in verbis*:

[...] 1. O agravante deve zelar pela perfeita formação do instrumento de agravo, velando pelo traslado de todas as peças consideradas imprescindíveis à sua composição, sob pena de não conhecimento do recurso. 2. Não ameniza as consequências advindas da não observância do dever de compor o instrumento com todas as peças consideradas por lei como imprescindíveis a juntada a posteriori delas, não se cogitando a conversão do feito em diligência para a obtenção da cópia em comento. [...] (STJ, AgRg no Ag n. 1.361.095/BA, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Unânime, Quinta Turma, julgado em 26/02/2013, DJe de 04/03/2013) e “[...] 2. O recurso deficientemente instruído é aquele apresentado sem as cópias obrigatórias previstas no inciso I do art. 525 do CPC, quais sejam: “da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado”. 3. Constitui ônus processual do agravante o traslado das peças obrigatórias ao conhecimento do recurso de agravo, bem como comprovar o extravio da decisão agravada; o que, in casu, não ocorreu. 4. “É do agravante o ônus de fiscalizar a formação do agravo de instrumento no ato de sua interposição, não sendo possível convertê-lo em diligência, nem, tampouco, aceitar a juntada intempestiva de peça, obrigatória ou necessária, por já ter incidido preclusão consumativa. Precedentes do STJ.” in AGA 2007.01.00.024573-4/BA, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 p.522 de 18/12/2008). (TRF 1ª Região, AGA n. 0044527-52.2012.4.01.0000/GO, rel. Des. Fed. Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1, p. 751, de 07/12/2012) (original não grifado)

V - Conclusão

Ante o exposto, *dou provimento, em parte, ao recurso* apenas para afastar o pagamento retroativo das parcelas vencidas do benefício previdenciário restabelecido, mantendo a antecipação dos efeitos da tutela e os demais termos da decisão impugnada, conforme art. 932, III, do CPC/2015 (art. 557 do CPC/1973).

(Agravo de Instrumento 0058133-84.2011.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira, e-DJF1 de 07/07/2016, p. 399)

Agravo de Instrumento 0031816-73.2016.4.01.0000/TO

Relator: Desembargador Federal Jamil de Jesus Oliveira

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Tocantins que, em sede de ação civil pública, deferiu a tutela de urgência para que “o INSS se abstenha de exigir prazo mínimo de dois anos de deficiência para conceder benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei 8.742/1993, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 para cada benefício não concedido”.

Sustenta o agravante, em síntese, que há inadequação da via eleita, pois é vedada a utilização de ação civil pública em substituição à ação direta de constitucionalidade; que, mantido o provimento liminar, há perigo de grave lesão aos cofres públicos; que não há inconstitucionalidade na norma impugnada, compatível com o comando constitucional e com a Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo Congresso Nacional com rito exigido às emendas constitucionais.

Requer a concessão do efeito suspensivo e a reforma da decisão agravada.

II - Da adequação da via eleita

A autarquia previdenciária argui em sua peça recursal que há “inadequação da via eleita, ante a vedação da utilização da ação civil pública como substitutiva de ADIn”.

O pedido formulado na petição inicial, em favor dos hipossuficientes que se colocarem na situação de necessidade, em tese, de percepção do benefício assistencial, foi de determinação ao INSS, para aferição da incapacidade da pessoa com deficiência, de se abster de exigir o prazo mínimo de dois anos, nos termos do referido dispositivo legal, estipulado como parâmetro para se considerar o impedimento como de longo prazo.

Não obstante, a jurisprudência se orienta no sentido de que não há inadequação da via eleita se a declaração de inconstitucionalidade for meramente incidental, como dão conta os seguintes arestos:

AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL DEVIDAMENTE PREQUESTIONADA. NÃO OCORRÊNCIA DE REAPRECIÇÃO DOS FATOS E DAS PROVAS DOS AUTOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO EVIDENCIADA, BEM COMO ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE NÃO CONTÉM FUNDAMENTOS INFRACONSTITUCIONAIS, A AFASTAR A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DA CORTE. PRECEDENTES. 1. A NORMA CONSTITUCIONAL APONTADA COMO VIOLADA FOI DEVIDAMENTE PREQUESTIONADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO E O FUNDAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO FOI UNICAMENTE DE DIREITO, PRESCINDINDO A SUA APRECIÇÃO DA ANÁLISE DOS FATOS E DAS PROVAS DOS AUTOS. 2. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL É FIRME NO SENTIDO DE QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO DETÉM LEGITIMIDADE PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE TENHA POR OBJETO A DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE ATO NORMATIVO. 3. O ACÓRDÃO REGIONAL TOMOU POR FUNDAMENTO EXCLUSIVO NORMA CONSTITUCIONAL, A AFASTAR A INCIDÊNCIA NO CASO DA SÚMULA 283 DA CORTE. 4. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS. (RE-Agr 471946, DIAS TOFFOLI, STF.) (sem grifos no original)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. Art. 535 DO CPC. OFENSA NÃO CARACTERIZADA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REJEIÇÃO PRELIMINAR. ART. 17, § 8º, DA LEI 8.429/92. CONTROLE INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Não se verifica a ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem dirime, fundamentadamente, as questões que lhe são submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos. Ressalte-se que não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional. 2. A jurisprudência desta Corte entende ser possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, em sede de ação civil pública, quando a controvérsia constitucional figurar como causa de pedir ou questão prejudicial indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. 3. A rejeição da petição inicial revela, portanto, manífera violação ao art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92. 4. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (RESP 201000289072, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:11/04/2014 ..DTPB:.) (sem grifos no original)

Evidentemente que neste caso é possível vislumbrar uma indistinção entre a causa de pedir, que é a inconstitucionalidade do dispositivo legal, e o próprio pedido, que é o de abstenção da exigência, posta em lei, de

prazo em que se tem como de longa duração o impedimento de alguém para prover a própria subsistência, nem de tê-la provida por sua família.

Por outro lado, ainda que não se possa extrair do pedido o caráter meramente incidental de declaração de inconstitucionalidade do art. 20, inciso X, da Lei 8.742/1993, traduzido no fundamento jurídico da *causa petendi* da ação, não se afigura razoável indeferir de plano a petição inicial de tão importante pretensão deduzida em favor dos hipossuficientes pela Defensoria Pública da União no Estado do Tocantins.

Assim, admito, por ora, sem prejuízo de oportuna revisão, a ação, por isso que a esse fundamento a antecipação de tutela recursal neste agravo de instrumento deve ser indeferida.

III - Os fundamentos do pedido

Esta ação civil pública tem por objetivo condenar a agravante em obrigação de não fazer, impedindo-se a autarquia previdenciária de indeferir administrativamente os pedidos de benefício assistencial, em favor de deficientes, pela ausência de impedimento de longo prazo, estabelecida em 2 (dois) anos pela norma contida no art. 20, inciso X, da Lei 8.742/1993.

Sustenta o agravado que a norma infraconstitucional é materialmente inconstitucional, pois, ao impor prazo mínimo como critério de averiguação de incapacidade, disse mais que a Constituição o disse, mesmo após a ratificação da Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, não havendo previsão no texto constitucional de prazo mínimo para a concessão do benefício assistencial, mas sim da ocorrência de condições objetivas de verificação de deficiência.

Nos termos da referida convenção, aprovada pelo Decreto Legislativo 6.949, de 2009, considera-se deficiente, o portador de *impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas*. A Lei 12.470, de 2011, diante do conceito longo prazo, instituiu como prazo em que se tem por verificado o impedimento o período de 2 (dois) anos.

Aduz também que a redação atual da lei de regência advém de alteração legislativa ocorrida com a edição da Lei 12.470/2011 que, ao inserir o aspecto temporal como critério objetivo de definição de incapacidade, diminuiu o alcance da norma e impôs limitação à concessão do benefício. Tal fenômeno é vedado em nosso ordenamento em razão do princípio da vedação ao retrocesso.

IV - Os requisitos constitucionais e legais do benefício

A previsão de concessão do benefício assistencial (Loas/deficiente) está assim plasmado no art. 203 da Constituição:

A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Por sua vez, dando-se cumprimento a esse preceito fundamental, a Lei 8.742, de 1993, assim dispôs:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei 12.435, de 2011)

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei 12.435, de 2011)

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei 12.470, de 2011)

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei 12.435, de 2011)

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste art., aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei 12.470, de 2011)

Afirma-se que esse § 10, introduzido pela Lei 12.470, viola a Convenção de Nova Iorque e também a própria Constituição Federal, porque nelas não há previsão de prazo a fim de que o impedimento seja considerado como de longo prazo, suficiente ou impeditivo à concessão do benefício.

Como se disse, nos termos da referida convenção, aprovada pelo Decreto Legislativo 6.949, de 2009, considera-se deficiente o portador de *impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.*

Embora a indeterminação do próprio conceito temporal sintetizado na expressão longo prazo possa mesmo ser objeto de construções dos mais variados matizes, em razão da sua subjetividade, evidentemente que sob o prisma do *interesse público primário de se assegurar o mínimo existencial* aos que têm impedimento de prover a própria subsistência, por si e sua família, não se afigura interditado ao legislador, sem incorrer em inconstitucionalidade, fixar um prazo que se tem por geral para a concessão do benefício.

Não há falar em retrocesso social, pois a verdade é que o benefício ainda se mantém no sistema da Assistência Social pública, mantidos os pilares fundamentais eleitos pelo legislador, que são *a condição de deficiente e a impossibilidade de subsistência da pessoa*, por si ou por sua família, nos termos da lei, e que *constituem o núcleo essencial dessa garantia estatal de prestação*, não malferindo a garantia constitucional de sua percepção por quantos dele necessitem o estabelecimento de requisito temporal mais definido e aplicável a todos os destinatários do benefício, sem prejuízo do aperfeiçoamento dos parâmetros legais nesse desiderato, de enorme alcance social e de solidariedade pública.

Referindo-se, embora, à capacidade econômica do Estado de suportar despesas dessa natureza, por isso que se admite a revisão de critérios de concessão de benefícios prestacionais, Gilmar Mendes alude à possibilidade de alteração no regime jurídico de tais prestações, sem que isso importe retrocesso inadmissível:

Embora se possa entender que a proibição de retrocesso tem em vista assegurar a preservação de direitos consolidados, especialmente aqueles direitos de caráter prestacional, não se pode olvidar que vicissitudes de índole variada podem afetar a capacidade do Estado de garantir tais direitos na forma inicialmente estabelecida. Daí a necessidade, portanto, de se compreender cum grano salis tal garantia e de não conferir caráter absoluto contra revisão ou mudanças. (Curso de Direito Constitucional, Saraiva/IDP, 10ª ed., 2015)

Ainda que relevante os fundamentos da pretensão, deixar o que vem a ser *longo prazo* à subjetividade de quantos venham a decidir administrativamente tais pedidos pode importar em violação a caros princípios constitucionais, como o da isonomia e o da impessoalidade, este porque cada servidor da Previdência Social, encarregado de exame e decisão, poderia emprestar impressões subjetivas quanto ao que lhe pareceria de longo prazo, ou não, e aquele, porque portadores de deficiência em condições assemelhadas de vida e sorte poderiam ser tratados diferentemente pelo Sistema Assistencial público.

Depois, é de ver-se que a Constituição remete ao legislador a definição dos requisitos para percepção do benefício, de modo que a lei pode detalhar os critérios os mais objetivos possíveis para esse fim, e a fixação de um prazo para que se considere o impedimento longo o bastante para se auferir o benefício encontra-se mesmo em uma *zona de indeterminação suscetível de definição pela lei.*

Esse prazo (*dois anos*, como previsto na lei; ou *longo prazo*, como previsto na convenção) seria arbitrário em qualquer situação, porque ou se deixa o conceito ao arbítrio de quantos interferiram nos milhões de processos de concessão, aí incluídos os interessados, os servidores da Previdência Social e os médicos peritos, ou se deixa ao arbítrio de um só, o legislador, e não há como sair desse dilema, *porque o conceito indeterminado exige determinação casuística*, o que em um sistema da dimensão como a Assistência Social brasileira não seria sequer razoável.

Ainda, parece-me haver uma incompreensão quanto a esse requisito temporal, que não está fixado para que se aguarde seu decurso para a percepção do benefício, mas que o impedimento seja tecnicamente diagnosticado,

no que se refere à deficiência, e *razoavelmente prognosticado* quanto à duração, de tal modo que seja considerado como de longo prazo, e isso atende as regras constitucionais e legais.

Por outro lado, ainda que em alguma situação se pudesse abrandar o critério temporal, o benefício assistencial foi previsto pelo constituinte para socorrer aos idosos e aos deficientes em condição de miserabilidade em caráter subsidiário, pois é requisito para sua concessão que a família do assistido não tenha condições de prover seu sustento de forma digna, de modo que é admissível que, em se tratando de requisitos passíveis de modificação ao longo do tempo, a concessão (e manutenção) do benefício assistencial deve ser cancelada quando qualquer de seus requisitos essenciais não mais subsistirem, nascendo daí a exigência legal de sua revisão a cada 2 (dois) anos (art. 21 da Lei 8.742/1993).

Por isso que não apenas para a manutenção do benefício se tem como legítima a fixação de prazo de revisão das condições que ensejaram o benefício (*impedimento próprio e da família para subsistência*), mas também para sua própria concessão o conceito longo prazo encontra razoável necessidade de fixação, para se saber se o impedimento se tem como de duração que não o coloque como impedimento provisório, momentâneo ou de curto ou médio prazos.

O benefício da espécie visa atender o deficiente, e não quem se encontra temporariamente impedido de prover a própria subsistência, sem que o impedimento seja de longo prazo, transformando-se em uma modalidade de auxílio-desemprego, ou substituindo-o para quem não seja segurado da Previdência Social.

Por fim, é cediço que a incapacidade da pessoa portadora de deficiência, para fins de reconhecimento do direito à Assistência Social, deve ser analisada conjuntamente com os fatores profissional e cultural do beneficiário, conforme art. 20, § 2º, da Lei 8.742/1993, com redação dada pela Lei 12.435/2011 (STJ, AgRg no AREsp 147.558/RO, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 20/08/2013, DJe 30/08/2013), não sendo possível afastar por completo o quesito temporal objetivo estabelecido pela legislação, como quer o agravado.

Em conclusão, neste juízo de cognição sumária, o critério objetivo inserido pelo legislador infraconstitucional não restringe o alcance da norma constitucional ou mesmo induz qualquer retrocesso nos direitos e garantias fundamentais, mas apenas regulamenta questão que, sem critério objetivo a ser observado pela Administração Pública na aplicação da lei ao caso concreto, dependeria de análise discricionária dos servidores da Previdência Social em grau incompatível com a natureza vinculada do ato em questão e dos objetos da Assistência Social pública, em ordem a garantir aos realmente impedidos de provisão, por si ou sua família, o mínimo essencial à sua subsistência.

A decisão agravada, por estas razões, não deve prevalecer.

V - Conclusão

Tais as considerações, *defiro o pedido de efeito suspensivo à decisão agravada, e determino a respectiva comunicação ao juízo de origem*, nos termos do art. 1.019, inciso I, do CPC.

(Agravado de Instrumento 0031816-73.2016.4.01.0000/TO, rel. Des. Federal Jamil de Jesus Oliveira, e-DJF1 de 18/07/2016, p. 152)

Agravado de Instrumento 0057583-50.2015.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Francisco Neves da Cunha (convocado)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por servidor militar em face de decisão do juízo de primeiro grau que indeferiu a liminar postulada nos autos da ação ordinária proposta com o objetivo de obter a declaração de nulidade da decisão administrativa que excluiu o autor, ora agravante, do "Exame de Seleção ao Estágio de Adaptação ao Oficialato em Curso do ano de 2015" (ES EAOF 2015) concorrente ao preenchimento de vaga do Quadro de Suboficiais e Sargentos (QSS) na especialidade de regente musical.

Sustentou o agravante que a decisão mereceria reforma porque não considerou "os fatores ocorridos antes, durante e depois, da aplicação da Prova Prática de Regência Musical" (PPRM), a comprovar violação ao princípio

da isonomia, imparcialidade, impessoalidade e moralidade, gerando prejuízo ao agravante e culminando na sua exclusão do certame, sendo estes:

Vínculo de amizade entre os membros da Banca examinadora e candidatos que foram aprovados, demonstrada com a juntada de mensagens elogiosas trocadas em redes sociais e fotos tiradas em conjunto.

“Votação em Colegiado” da Banca examinadora quanto à aprovação do candidato/agravante.

Apreciação do recurso postulando a revisão da PPRM pelo 2º Avaliador da Banca examinadora, 1º Ten. QUEOA Mus. Paulo Maurício Gomes, e não pelo Comandante do Centro de Instrução e Adaptação da Aeronáutica (CIAAR), autoridade apontada no edital como sendo a competente.

Asseverou que o não direcionamento do seu recurso à autoridade competente teria violado os princípios norteadores do Direito e da Administração Pública e, ainda, que o reexame realizado pelo 1º Ten. QUEOA Mus. Paulo Maurício Gomes padeceria de fundamentação e estaria em total desconformidade ao que foi apresentado durante a execução da prova prática gravada no vídeo que acostou aos autos e aspectos técnico-musicais que pormenorizadamente descreveu.

Apontou como perigo de dano o fato de que a realização da “concentração final”, correspondente à habilitação a matrícula, matrícula e início do estágio no CIAAR, começou no dia 08/09/2015, circunstância que importava “grave dano, de difícil, senão impossível reparação” ao agravante.

Requeru a reforma da decisão combatida, com atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, para o fim de determinar que o recurso administrativo por ele apresentado fosse examinado pela autoridade apontada no edital como competente e, em paralelo, o imediato ingresso do agravante no estágio de adaptação ao oficialato, “para se evitar prejuízos ainda maiores dos que os já sofridos”.

Subsidiariamente, conforme apontou, postulou fosse determinada a suspensão do certame e a anulação de todos os atos praticados a partir da prova prática de regência musical, submetendo todos os candidatos a uma nova prova, na qual fossem observados os princípios constitucionais e a portaria vigente do concurso, com nova banca examinadora.

Brevemente relatados, decido.

Consoante disposto no art. 273 do Código de Processo Civil, a antecipação de tutela será concedida, a requerimento da parte, desde que exista prova inequívoca e o juiz se convença da verossimilhança da alegação.

Com efeito, a questão de que trata o presente agravo de instrumento tem por objeto a exclusão de candidato do processo seletivo realizado pelo VI Comando Aéreo Regional para participação em “Estágio de Adaptação ao Oficialato em Curso do ano de 2015” com início em 16/11/2015, girando a controvérsia sobre: 1. suspeição dos membros da Banca Examinadora da Prova Prática de Regência Musical” (PPRM) em relação a candidatos que participaram do certame e lograram aprovação; 2. inobservância às regras do edital, em especial ao modo de avaliação da banca e à (in)competência do prolator da decisão que julgou improcedente o recurso interposto pelo agravante; 3. notas atribuídas ao candidato.

O juízo agravado indeferiu a tutela de urgência *inaudita altera parte* postulada na petição inicial da ação ordinária proposta pelo ora agravante por não divisar, em juízo de cognição sumária, prova inequívoca que conduziria à verossimilhança das alegações.

Impende assentar, de início, que os atos administrativos emanados de comissões de concursos públicos podem ser revistos pelo Poder Judiciário, como garantia de sua legalidade. Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO DE REMOÇÃO PARA OS SERVIÇOS NOTARIAL E DE REGISTRO. APRECIÇÃO DOS CRITÉRIOS UTILIZADOS PELA Banca examinadora PARA A FORMULAÇÃO DE QUESTÕES, CORREÇÃO DA PROVA E ATRIBUIÇÃO DE NOTAS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Conquanto a Administração tenha certa discricionariedade na elaboração de normas destinadas à realização de concursos públicos, devem elas, como qualquer outro ato administrativo, estar de acordo com a Constituição Federal e toda a legislação infraconstitucional que rege a atividade pública. Daí é que se torna possível a intervenção do Poder Judiciário em causas que digam respeito aos concursos públicos todas as vezes em que for observada eventual violação dos princípios que regem a Administração Pública, em especial o da legalidade e o da vinculação ao edital.

[...]

(STJ. RMS 18.560/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/04/2007, DJ 30/04/2007, p. 282)

O processo seletivo que se examina, realizado pelo Comando da Aeronáutica, teve seu regramento disciplinado pelas "Instruções Específicas para o Exame de Seleção ao Estágio de Adaptação ao Oficialato do ano 2015" (IE ES EAOF 2015) aprovado por meio da Portaria DEPENS 308-T, de 06/11/2014, ambos acostados por cópia aos presentes autos (fls. 75-143).

No que concerne à suspeição dos membros da banca examinadora da prova prática de regência musical a que o ora agravante foi submetido, "*os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade impõem a total isenção e imparcialidade dos membros das comissões examinadoras de concursos, a fim de proporcionar a todos os candidatos a efetiva igualdade de acesso aos cargos público*".

Entretanto, a despeito das fotos e transcrições de frases obtidas pelo agravante na rede *web* com o propósito de demonstrar vínculo de amizade entre os membros da banca examinadora e candidatos que foram aprovados, não se pode atribuir a tais reproduções validade jurídica de documento, à míngua, inclusive de elementos necessários à constatação acerca da autoria, integridade, autenticidade e veracidade, bem ainda outros elemento de validação que devem estar vinculados ao conteúdo.

Assim, as peças acostadas com o objetivo de comprovar a parcialidade da banca examinadora não se mostram suficientes ao fim colimado, razão pela qual rejeito a alegação.

Quanto à alegada inobservância às regras referentes ao modo de avaliação da banca examinadora, verifica-se que as "Instruções Específicas" aprovadas pela Portaria DEPENS 308-T estabelecem o seguinte (fl. 96):

5.8.5.1 A cada quesito avaliado, a Banca examinadora fará constar, na Ficha de Avaliação, os comentários positivos e negativos sobre o conhecimento e habilidade profissional demonstrado pelo candidato, bem como atribuirá o grau a que fez jus.

Assim, não se confirma que a banca examinadora tenha agido em desconformidade ao estabelecido na norma de regência.

Acerca da (in)competência do prolator da decisão administrativa que julgou improcedente o recurso interposto pelo agravante, consta estabelecido na multicitada "Instruções Específicas" que a revisão da PPRM (Prova Prática de Regência Musical) o que segue:

6.10 REVISÃO DA PPRM EM GRAU DE RECURSO

6.10.1 O candidato "NÃO APROVADO" poderá requerer revisão do resultado obtido na PPRM em grau de recurso, por meio de requerimento (Anexo H), a ser dirigido ao Comandante do CIAAR.

6.10.2 O Recurso deverá ser preenchido e entregue pelo candidato ao Presidente da Comissão Fiscalizadora, imediatamente após o recebimento do resultado emitido pela Banca examinadora.

Da análise dos documentos constantes dos autos, resta evidente que o *recurso interposto pelo ora agravante (fls. 71-72) postulando a revisão do resultado obtido na PPRM foi apreciado 1º Ten. Esp. Aer. Mus. Paulo Maurício Gomes, e não pelo Comandante do Centro de Instrução e Adaptação da Aeronáutica (CIAAR)*, autoridade apontada no edital como sendo a competente.

Portanto, no caso, houve violação dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, ante o descumprimento das próprias regras que traçaram o certame.

A respeito, oportuno trazer à colação o magistério de Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz:

[...] uma vez estabelecida as regras disciplinadoras do concurso público, o Poder Público, conquanto tenha se valido de certa carga de competência discricionária, autolimitou-se às diretrizes editalícias, as quais, uma vez aperfeiçoadas e publicadas, gozam de força obrigatória e vinculante, tanto para a Administração quanto aos administrados. (REGIME JURÍDICO DO CONCURSO PÚBLICO E O SEU CONTROLE JURISDICIONAL, Saraiva: 2007, p. 38).

Neste contexto, entendo que a decisão impugnada merece reforma, razão pela qual, presentes o perigo da demora e a plausibilidade jurídica do direito pleiteado, *defiro o pedido de antecipação da pretensão recursal* para o fim de determinar que o recurso administrativo apresentado pelo agravante objetivando a revisão do resultado

obtido na PPRM, referente ao ES EAOF 2015 preenchimento de vaga do Quadro de Suboficiais e Sargentos (QSS) na especialidade de Regente Musical, seja examinado pelo comandante do Centro de Instrução e Adaptação da Aeronáutica (CIAAR), autoridade apontada no edital como competente e, em paralelo, o imediato ingresso do agravante no estágio de adaptação ao oficialato, caso não restem pendentes de preenchimento outros requisitos estabelecidos no edital.

(Agravamento de Instrumento 0057583-50.2015.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Francisco Neves da Cunha (convocado), *e-DJF1* de 12/07/2016, p. 152)

Agravamento de Instrumento 0004462-73.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

Trata-se de recurso de agravamento de instrumento, interposto sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, para reforma da decisão proferida em primeiro grau, que indeferiu antecipação dos efeitos da tutela em ação ordinária movida à agravada para compeli-la a repassar a cota parte do Fundo de Participação dos Municípios do agravante sem a dedução de incentivos fiscais concedidos pelo Governo Federal.

Alega a agravante que a agravada tem promovido incentivos fiscais em seu favor, mediante a desoneração do IR e do IPI, e, como consequência, repassando a menor o valor relativo ao Fundo de Participação dos Municípios – FPM.

Afirma que a agravada deve considerar, para fins de repasse ao FPM do município, todas as receitas arrecadadas, ou seja, a arrecadação bruta.

Sustenta que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 572.762/SC, entendeu ser inadmissível a dedução dos valores relativos a incentivos ou benefícios fiscais do FPM.

Passo a decidir.

Na hipótese, tenho que não se revela presente a plausibilidade jurídica do direito alegado pelo município autor, tendo em vista que o STF, na STA 350/AL, suspendeu a execução da decisão proferida nos autos do Agravamento de Instrumento 2009.05.00.050167-5, em trâmite no TRF 5ª Região — que cuida de questão idêntica a destes autos —, por vislumbrar a possibilidade de grave lesão às ordens pública e econômica.

Ademais, na citada decisão nos autos da STA 350/AL, o Ministro Gilmar Mendes explicitou que a hipótese discutida no RE 572.762/SC era diversa daquela por ele apreciada na suspensão de tutela antecipada, por isso que se tratava de repasse de valores de tributo efetivamente arrecadados, que não é o caso destes autos.

Confira-se a fundamentação da citada decisão:

[...]

A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão (Leis n.os 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):

“[...]”

A matéria aqui tratada já foi objeto de análise, com maestria, pelo órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 572762, com relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. A ementa deste julgado, inclusive, foi transcrita na decisão atacada, e usada como alicerce jurisprudencial.

Analisando o inteiro teor do voto que conduziu o mencionado recurso extraordinário é possível notar que muitos são os argumentos sólidos favoráveis à tese defendida pelo município aqui agravado. Transcreverei alguns desses argumentos ventilados no voto, à guisa de exemplificação: 1) alguns impostos, como é o caso do IRPF e do IPI, já nascem, por expressa disposição constitucional, com dois titulares no que tange ao produto de sua arrecadação;

2) o fato de um ente político deter a competência tributária em relação a determinado imposto não lhe confere superioridade hierárquica em relação ao outro ente político no que tange à participação no produto de arrecadação;

3) é lógico e razoável que, para que a autonomia política concedida pelo constituinte aos entes federados seja real, efetiva, e não apenas virtual, cumpre que se preserve com rigor a sua autonomia financeira, não se permitindo, no tocante à repartição de receitas tributárias, qualquer condicionamento arbitrário por parte do ente responsável pelos repasses a que eles fazem jus;

4) com base na doutrina de Aliomar Baleeiro, o relator destaca ainda que, no federalismo cooperativo, entes estatais podem ser beneficiários de rendas, relativas a tributos de alheia competência e, mais, pode haver até mesmo a hipótese de não pertencer à pessoa competente o produto da arrecadação de tributo próprio.

Permitir que a União conceda incentivos fiscais, e os abata dos repasses devidos aos demais entes federados, como é o caso dos autos, f. 89-110, é permitir que a União disponha de verba pertencente a ente político diverso, o que se apresenta como inadmissível.

Por todo o exposto, nesse momento, defiro o pedido de efeito suspensivo pretendido, 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, ora agravado, relativos a IRPF e IPI. [...]” (fls. 190-191 do Apenso)

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 descon sideração 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.

[...].

Não fora isso, esta egrégia Oitava Turma, ao apreciar a questão, assim decidiu:

CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO PROPOSTA POR MUNICÍPIO EM FACE DA UNIÃO. FPM. REPASSE DE COTAS. TRIBUTOS FEDERAIS. IMPOSTO DE RENDA E IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. PERCENTUAL DE 23,5% DO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO. DEDUÇÃO DE INCENTIVOS FISCAIS UNILATERALMENTE CONCEDIDOS. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. A entidade política que recebe parcela do poder político de tributar, mediante normas constitucionais de competência, recebe competência de forma plena. Compreenda-se, detém a faculdade de instituir ou não instituir o tributo e, uma vez instituído, de legislar sobre sua funcionalidade, quantificando-o ou dispondo sobre medidas que possam implicar em redução ou exclusão do crédito tributário dele decorrente.

2. Além das competências tributárias próprias e que propiciam a Estados (art. 155 CR/88) e Municípios (art. 156 CR/88) auferirem receitas tributárias de impostos, estas entidades federativas também são destinatárias de receitas tributárias provenientes de tributos de competência alheia. Assim, também obtêm receitas através da transferência de recursos decorrentes da arrecadação de impostos estaduais e/ou federais. Estas receitas, obtidas pela participação em impostos de competência alheia, são disciplinadas pela Constituição em três regimes jurídicos distintos, os quais estabelecem receitas transferidas por participação direta (arts. 157, I e 158, I); receitas transferidas por participação no produto de impostos de receita partilhada (arts. 157, II, 158, II, III, IV e 159, II) e receitas transferidas por participação em fundos (art. 159, I, a, b, c, d).

3. O regime jurídico que propicia a transferência de receitas, decorrentes da participação em fundos, no caso do art. 159 da CR/88, diversamente do que estabelecem os arts. 157 e 158, parágrafo único, da mesma Constituição, não estabelece qualquer vinculação entre a arrecadação ocorrida e fatos geradores praticados com a participação de determinado Estado ou Município ou na respectiva base territorial, de forma que fosse possível admitir a existência de direito subjetivo ao repasse de determinada gama de recursos.

4. O Fundo de Participação, seja dos Estados, seja dos Municípios, constitui-se de um universo de recursos compostos por parte da arrecadação do IR e do IPI, fundado em pura opção política, positivada em norma constitucional, de se constituir em mais uma fonte de recursos destinada a entidades sem o mesmo potencial arrecadatório da União. Assim, universo de recursos desprovido de qualquer referência causal com fatos ocorridos em território de determinados Estados ou Municípios, bem como de referência quantitativa em razão de determinada base de cálculo. Universo de recursos cuja formação decorre, assim como também depende, do produto da arrecadação dos dois impostos federais que o compõem, segundo a administração tributária da entidade política competente. Arrecadação esta que deve ser efetivamente verificada como condição para a formação do próprio fundo, tal como preceituado pelo próprio art. 159, I, da CR/88. Norma constitucional coerente com o subsistema tributário em que inserida e por isto não poderia dispor de forma diversa, porquanto a prescrição sobre a hipótese de incidência dos impostos que participam da formação dos Fundos de Participação Municipal ou Estadual, com todos os seus elementos essenciais (fato, base, alíquota e sujeito passivo), inserem-se no âmbito de competência tributária exclusiva da entidade política tributante.

5. O FPM constitui-se de um universo de recursos provenientes de diversas fontes e naturalmente sujeito a variáveis diversas. Assim, pode sofrer redução em razão de aspectos econômicos, relacionados à variação na ocorrência de fatos tributáveis, provocada pela desaceleração da economia. Se menos se consome, menos se produz, menos se arrecada. E independentemente de qualquer interferência direta nos elementos da hipótese de incidência do IPI, em especial alíquota e base de cálculo, tem-se a possibilidade de reflexos negativos na arrecadação e, por conseguinte, na fração destinada ao FPM.

6. Apelação não provida. (AC 0053388-80.2010.4.01.3400/DF, Rel. p/ acórdão Juiz Federal Convocado Itelmar Raydan Evangelista, Oitava Turma, e-DJF1 12/02/2016, pág.1929.) (Grifei.)

Pelo exposto, *sendo manifestamente improcedente, nego*, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil de 1973, *seguimento* ao recurso de agravo de instrumento.

(Agravo de Instrumento 0004462-73.2016.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, *e-DJF1* de 19/07/2016, p. 1.000)

Agravo de Instrumento 0009788-14.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 para reforma da decisão proferida em primeiro grau que deferiu, em parte, antecipação dos efeitos da tutela em ação ordinária para determinar que a agravada se abstenha de proceder novas retenções na cota do Fundo de Participação dos Municípios – FPM decorrentes dos parcelamentos referidos no processo de origem, bem como que providencie a repactuação dos débitos do município, na forma do art. 103-B da Lei 11.196/2005.

Alega a agravante que o agravado não faz nenhuma prova de que tenha realmente aderido ao parcelamento da Lei 11.196/2005.

Afirma que não consta qualquer registro de que o agravado faça parte do programa de parcelamento instituído pela Lei 11.196/2005.

Sustenta que toda e qualquer hipótese de suspensão do crédito tributário, a exemplo do que exatamente acontece com o parcelamento e a moratória, deve ser interpretada literalmente.

A decisão agravada não merece ser modificada.

Prescrevem os arts. 96, *caput*, e 103-B da Lei 11.196/2005, bem como o Decreto 7.844/2012, que regulamentou esse último dispositivo:

Art. 96 - Os Municípios poderão parcelar seus débitos e os de responsabilidade de autarquias e fundações municipais relativos às contribuições sociais de que tratam as alíneas a e c do parágrafo único do art. 11 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, com vencimento até 31 de janeiro de 2009, após a aplicação do art. 103-A, em:

I – 120 (cento e vinte) até 240 (duzentas e quarenta) prestações mensais e consecutivas, se relativos às contribuições sociais de que trata a alínea a do parágrafo único do art. 11 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, com redução de 100% (cem por cento) das multas moratórias e as de ofício, e, também, com redução de 50% (cinquenta por cento) dos juros de mora; e/ou

II – 60 (sessenta) prestações mensais e consecutivas, se relativos às contribuições sociais de que trata a alínea c do parágrafo único do art. 11 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, e às passíveis de retenção na fonte, de desconto de terceiros ou de sub-rogação, com redução de 100% (cem por cento) das multas moratórias e as de ofício, e, também, com redução de 50% (cinquenta por cento) dos juros de mora.

§ 1º Os débitos referidos no caput são aqueles originários de contribuições sociais e correspondentes obrigações acessórias, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa da União, ainda que em fase de execução fiscal já ajuizada, ou que tenham sido objeto de parcelamento anterior, não integralmente quitado, ainda que cancelado por falta de pagamento, inclusive aqueles parcelados na forma da Lei no 9.639, de 25 de maio de 1998.

[...]

Art. 103-B. Fica autorizada a repactuação do parcelamento dos débitos previdenciários, por meio dos mecanismos previstos nesta Lei e mediante suspensão temporária, na forma do regulamento, para o Município em situação de emergência ou estado de calamidade pública em decorrência de seca, estiagem prolongada ou outros eventos climáticos extremos.

§ 1º O previsto no caput será aplicado com exclusividade ao contrato com Município em situação de emergência ou estado de calamidade pública decorrentes de eventos ocorridos em 2012 e reconhecidos pelo Poder Executivo federal nos termos da Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil.

§ 2º O valor das parcelas vincendas cujo pagamento foi adiado temporariamente será, obrigatoriamente, aplicado em atividades e ações em benefício direto da população afetada pela seca, estiagem prolongada ou outros eventos climáticos extremos.

[...]

Art. 1º Os Municípios optantes pelo parcelamento de que trata a Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005, e que tiveram situação de emergência ou estado de calamidade pública em decorrência de seca, estiagem prolongada ou de outros eventos climáticos extremos ocorridos no ano de 2012 e reconhecidos por ato do Ministro de Estado da Integração Nacional, poderão obter a suspensão do pagamento das parcelas vincendas durante a situação de emergência ou estado de calamidade pública.

[...]

§ 3º O valor das parcelas vincendas cujo pagamento foi adiado temporariamente será obrigatoriamente aplicado em atividades e ações em benefício direto da população afetada pela seca, estiagem prolongada ou outros eventos climáticos extremos.

Art. 2º A suspensão do pagamento das parcelas na forma do art. 1º ocorrerá por meio de requerimento do ente político afetado pelo desastre, a ser apresentado na unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda de seu domicílio tributário.

§ 1º O requerimento deverá ser instruído com:

- I - ato do respectivo ente federado que decretou a situação de emergência ou o estado de calamidade pública;
- II - ato do Ministro de Estado da Integração Nacional, de reconhecimento da situação ou do estado a que se refere o inciso I; e
- III - plano de trabalho que preveja a aplicação dos valores relativos às parcelas prorrogadas em atividades e ações em benefício direto da população afetada pela seca, estiagem prolongada ou outros eventos climáticos extremos.

§ 2º A suspensão a que se refere este Decreto será concedida durante o prazo de vigência do ato a que se refere o inciso I do § 1º.

§ 3º Na hipótese de prorrogação do prazo previsto no ato original de que trata o inciso I do § 1º, o ente federado deverá aditar o requerimento com o respectivo ato de prorrogação.

§ 4º A prorrogação de que trata o § 3º não poderá resultar em um prazo total superior a cento e oitenta dias.

Constata-se, pela leitura dos dispositivos transcritos no item anterior, que os débitos previdenciários objeto do *parcelamento previsto na Lei 11.196/2005*, que abarcou débitos relativos às contribuições sociais de que tratam as alíneas *a* e *c* do parágrafo único do art. 11 da Lei 8.212/1991, com vencimento até 31 de janeiro de 2009, podem ser repactuados por municípios em *situação de emergência ou estado de calamidade ocorridos em 2012* (em decorrência de seca, estiagem prolongada ou outros eventos climáticos extremos) e reconhecidos por ato do ministro de Estado da Integração Nacional, mediante a suspensão temporária do pagamento das parcelas vincendas, por período não superior a 180 dias, após *requerimento do município afetado à Receita Federal do Brasil*, o qual deverá ser instruído com os documentos constantes no art. 2º, §1º, I a III, do decreto transcrito acima.

Dessa forma, para fazer jus ao benefício da suspensão das parcelas o município deverá: 1) ser optante pelo parcelamento previsto na Lei 11.196/2005; 2) ter estado, no ano de 2012, em situação de emergência ou estado de calamidade pública em decorrência de seca, estiagem prolongada ou outros eventos climáticos extremos reconhecidos por ato do ministro de Estado da Integração Nacional; e 3) apresentar requerimento perante a unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda de seu domicílio tributário instruído com os documentos constantes do art. 2º, §1º, I a III.

Assim decidiu esta egrégia Oitava Turma sobre a repactuação de débitos previdenciários, prevista no art. 103-B da Lei 11.196/2005:

TRIBUTÁRIO. DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS. REPACTUAÇÃO DE PARCELAMENTO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA OU ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA. REQUISITOS. DEMONSTRAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

1. O art. 103-B da Lei 11.196/2005 autoriza a repactuação do parcelamento dos débitos previdenciários, mediante suspensão temporária, na forma do seu regulamento, para o município em situação de emergência ou estado de calamidade pública em decorrência de seca, estiagem prolongada ou outros eventos climáticos extremos.

2. Referido dispositivo legal é regulamentado pelo Decreto 7.844/1992, que exige a apresentação de documentos que demonstrem a situação de emergência à Secretaria da Receita Federal de domicílio tributário do município, o que deve ser comprovado nos autos.

3. A propositura de ação judicial menos de vinte dias depois do protocolo da petição na esfera administrativa, com pedido de repactuação de parcelamento dos débitos previdenciários, na forma do art. 103-B da Lei 11.196/2005, tem nítido propósito de transferir ao Poder Judiciário a análise dos requisitos para a concessão do benefício.

4. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AG 0003550-76.2016.4.01.0000/PI, Rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, e-DJF1 27/05/2016.)

Dessa forma, verificando-se que o município preenche os requisitos previstos no art. 2º, §1º, I a III, do Decreto 7.844/2012, correta a decisão que defere a repactuação dos débitos do município, na forma do art. 103-B da Lei 11.196/2005, determinando à agravada que se abstenha de proceder novas retenções na cota do Fundo de Participação dos Municípios – FPM referentes ao parcelamento da Lei 1.196/2005.

Ademais, apesar de a agravante alegar que o agravado não fez prova de que tenha realmente aderido ao parcelamento da Lei 11.196/2005, não juntou aos autos cópia completa do processo de origem para viabilizar a análise da veracidade de suas afirmações, o que impede o exame do presente agravo de instrumento.

Pelo exposto, *sendo manifestamente improcedente, nego*, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil de 1973, *seguimento* ao recurso de agravo de instrumento.

(Agravo de Instrumento 0009788-14.2016.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Marcos Augusto de Sousa, e-DJF1 de 19/07/2016, p. 1.013)

Conflito de Competência 0000303-87.2016.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da Vara Única Federal da Subseção de Teófilo Otoni/MG relativamente à decisão proferida pelo Juízo Estadual da Vara Única da Comarca de Águas Formosas/MG que, em *execução fiscal* proposta pelo Conselho Regional de Administração de Minas Gerais – CRA/MG, autarquia federal, *declinou da competência para processar e julgar a demanda em prol da Justiça Federal*.

O Juízo suscitado argumenta com o advento da Lei 13.043/2014 que, revogando o inciso I do art. 15 da Lei 5.010/1966, eliminou a previsão legal que amparava o trâmite dos executivos fiscais da União e suas autarquias perante a Justiça Estadual. Aduz seu entendimento no sentido de que a regra de transição — art. 75 da Lei 13.043/2014 — seria inconstitucional “*não somente por manter parcialmente uma competência que já era tida como inconstitucional [...] mas também por afrontar os princípios da isonomia e da proporcionalidade. Entender pela validade de tal regra pode trazer inúmeros inconvenientes de ordem prática às partes e, até mesmo, ao Poder Judiciário.*”

O juízo suscitante, por sua vez, alega que o ajuizamento da demanda se deu em data anterior à vigência da Lei 13.043/2014, pelo que, nos termos do art. 75 da norma revogadora, permaneceria válido o inciso I do art. 15 da Lei 5.010/1966, que delegava aos juízes estaduais competência para processar e julgar os executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuizados contra devedores domiciliados nas respectivas comarcas, quando estas não fossem sede de vara federal.

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, havia consolidado a diretriz no sentido de que a execução fiscal proposta pela União e suas autarquias deveria ser ajuizada, se a localidade não fosse sede de vara da Justiça Federal, perante o juízo de Direito da comarca do

domicílio/sede fiscal 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 revogadora, a todas as execuções fiscais da União e de suas autarquias e fundações públicas ajuizadas anteriormente ao início da vigência da Lei 13.043/2014.

No caso em presença, tendo sido ajuizado o executivo fiscal perante a Justiça Estadual quando ainda em vigor o multicitado 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.

Destaco, ainda, que é a data do ajuizamento da ação executiva fiscal — e não a do recebimento dos autos ou a da eventual 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 5.010, de 1966 deixa de ser observada, não está sujeita ao enunciado da Súmula 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 – grifou-se.)

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/C ART. 15, I, DA LEI 5.010/1966. 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 5.010/1966 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 5.010, de 1966 deixa de ser observada não está sujeita ao enunciado da Súmula 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 5.010/1966 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.)

Em resumo, tendo sido proposta a execução fiscal perante o juízo estadual com jurisdição sobre o município do domicílio fiscal do requerido; não existindo vara federal na localidade; e, em especial, não se aplicando à espécie a norma revogadora inscrita no inciso I, art. 15, da Lei 5.010/1966, *a competência absoluta para o processamento e julgamento da execução fiscal permanece sendo do juízo do domicílio do devedor*, nos moldes da tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.146.194/SC (Primeira Seção, na relatoria para o acórdão do Ministro Ari Pargendler, DJe de 25/10/2013).

Ante o exposto, havendo jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça — firmada em julgamento de recurso repetitivo — acerca da questão suscitada, como também desta Corte, sobre não se aplicar ao caso vertente as alterações promovidas pela Lei 13.043/2014, *conheço do presente conflito e lhe dou provimento*, nos termos dos arts. 955, parágrafo único, inciso II, e 957, ambos do Código de Processo Civil, *para declarar competente para processar e julgar a demanda de origem o Juízo Estadual da Comarca de Águas Formosas/MG, ora suscitado*, ficando convalidados eventuais atos praticados no juízo suscitante.

(Conflito de Competência 0000303-87.2016.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal José Amilcar Machado, e-DJF1 de 1º/07/2016, p. 102)

Agravo de Instrumento 0021342-43.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal José Amilcar Machado

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda Nacional em face da decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e determinou a imediata liberação das mercadorias sem o recolhimento dos valores do direito *antidumping*.

Sustenta a agravante, em síntese, que a agravada — GRF Trade Importação e Exportação Ltda. —, tradicional empresa de serviços de importação, exportação e comercialização de produtos, introduziu no mercado brasileiro o produto alho, grupo roxo, subgrupo nobre, classe sete, tipo especial, sem se submeter ao direito *antidumping* previsto na Resolução Camex 80, de 3 de outubro de 2013.

Informa que a empresa agravada alega que, a partir da Resolução Camex 13, de 18 de fevereiro de 2016, as autoridades fiscais passaram a enquadrar o alho por ela importado como sujeito ao direito *antidumping*, retendo os produtos indevidamente desembarcados no Brasil.

Alega a agravante que a empresa pretende a liberação das partidas de alho sem o recolhimento do direito *antidumping* por importar alho chinês, tipo especial, como se este alho não estivesse abrangido pela Resolução 80/2013. "A importadora quer ser beneficiada por, supostamente, estar importando um alho que, em cada caixa de 10 kg, tem de 6 até 15 defeitos agregados, alegando que o direito antidumping incide somente no extra, quando os defeitos somam, por caixa, no máximo 5 defeitos."

Por sua vez, a agravada aduz que a Receita Federal, a pretexto de que a Resolução Camex 80/2013 estaria indicando que todo e qualquer alho fresco ou refrigerado importado da República Popular da China estaria alcançado pela nova resolução, entendeu que as importações da agravada passaram a ser sobretaxadas.

Requer a agravante que a empresa seja intimada a depositar em juízo os valores do direito *antidumping* relativos as partidas de alho desembaraçada sem o recolhimento de tal instituto.

É o relatório do essencial.

Com efeito, os tributos extrafiscais possuem uma sistemática diferente dos demais, pois visam precipuamente à regulação de mercado. Dessa forma, a extrafiscalidade pode ser vista como uma forma de intervenção estatal na economia, tendente a estimular ou reprimir determinadas condutas, ou podem atuar como instrumento de implementação de políticas públicas no País.

O imposto de importação de produtos estrangeiros e o imposto sobre produtos industrializados oriundos de importação são tributos que se revestem desta natureza extrafiscal. Por isso, são usados pelo Estado como instrumentos de proteção da indústria nacional, em face da concorrência com produtos similares estrangeiros.

Destarte, entre as características principais desses tributos tem-se que não se submetem aos princípios da legalidade estrita e o da anterioridade, de forma que o seu aumento pode gerar efeitos imediatos, ou seja, a própria Constituição da República autoriza o Poder Executivo a alterar as alíquotas através de decreto sem aguardar o transcurso de um prazo legal.

Nesse sentido, a ação *antidumping* busca sobretaxar produtos importados cujos preços estejam mais altos no mercado interno, prejudicando o escoamento da produção nacional.

O intervencionismo estatal no domínio econômico é a forma pela qual o Estado toma para si o encargo de atividades que visem ao bem-estar social e ao desenvolvimento econômico.

Essa ação supletiva do Estado, consubstanciada na sobretaxa do imposto de importação, encontra, pois, permissividade na proteção da sociedade dos abusos do poder econômico, consubstanciada no art. 173, § 4º, da Constituição Federal, *in verbis*:

A lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.

Tal medida intervencionista encontra amparo no Decreto 1.602/1995, o qual, em seu art. 4º, considera *dumping* a introdução de um bem no mercado doméstico, inclusive sobre as modalidades de *drawback*, a preço de exportação inferior ao valor normal.

Justifica-se na medida em que protege o mercado interno contra danos ou riscos de dano à concorrência lícita, nos termos do art. 14 do diploma infralegal mencionado.

A aplicação de direito antidumping provisório, assim, destina-se a proteger o mercado doméstico de danos causados por práticas comerciais, como a importação de mercadorias em valor inferior ao exigido no mercado interno do país exportador, o que potencializa as dificuldades concorrenciais para os produtos de origem nacional.

Nesse sentido, a questão dos autos versa sobre o desembaraço aduaneiro de mercadoria importada — alho fresco, cuja liberação foi obstada em face do não pagamento da sobretaxa *antidumping*.

Entendo que, sem adentrar na legalidade ou ilegalidade da cobrança da sobretarifa, os requisitos para o deferimento da antecipação da tutela foram preenchidos ao se autorizar a liberação das mercadorias, porquanto se tratava de importação de produto perecível, que poderia se deteriorar com o tempo.

Quanto à garantia, contudo, prescreve o art. 3º, I e II, e § 3º, da Lei 9.019/1995, que dispõe sobre a aplicação dos direitos previstos no Acordo *Antidumping*:

Art. 3º. A exigibilidade dos direitos provisórios poderá ficar suspensa, até decisão final do processo, a critério da CAMEX, desde que o importador ofereça garantia equivalente ao valor integral da obrigação e dos demais encargos legais, que consistirá em:

I - depósito em dinheiro; ou

II - fiança bancária.

[...]

§ 3º. O desembaraço aduaneiro dos bens objeto da aplicação dos direitos provisórios dependerá da prestação da garantia a que se refere este artigo.

Verifica-se, pela leitura dos dispositivos transcritos, que o desembaraço aduaneiro dos bens objeto da discussão do processo de origem dependerá do oferecimento de garantia, mediante depósito em dinheiro ou oferecimento de fiança bancária.

Na espécie, considerando que a autoridade fiscal interrompeu o despacho aduaneiro das mercadorias importadas, discordando da classificação tarifária dada pelo importador, é cabível a exigência da prestação de caução para a liberação das mercadorias.

Ante o exposto, *dou provimento ao agravo de instrumento* para determinar que a agravada deposite em juízo os valores do direito *antidumping* relativos às partidas de alho desembaraçadas sem o recolhimento de tal instituto.

(Agravo de Instrumento 0021342-43.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal José Amílcar Machado, *e-DJF1* de 08/07/2016, p. 2.654)

Agravo de Instrumento 0022911-79.2016.4.01.0000/DF

Relator: Juiz Federal Leão Aparecido Alves (convocado)

Nilson Maciel Limar agrava de decisão da 20ª Vara Federal/DF que contra ele recebeu ação de improbidade administrativa promovida pela União, em face de fatos ocorridos na execução do Contrato de Concessão 2.88.02.104-5 e seus termos aditivos 43/94(VI)/0002 e 199/94(VI)/0002, entabulados entre a União, representada pela Infraero, e o Sindicato dos Permissionários de Táxi e Motoristas Auxiliares do DF – Sinpetaxi, para uso de área adjacente do Aeroporto Internacional Juscelino Kubitschek.

Narra a inicial que os aditivos ao contrato de concessão de uso e ocupação de área superior a 15.000 m² teriam sido lesivos à União, na medida em que pactuados com base em pagamento de valores irrisórios (inferior a ½ salário-mínimo), além de o contratante haver feito uso da área para finalidade distinta da que pactuada (estacionamento para táxis).

A decisão recorrida afastou as alegações de exceção da coisa julgada, ilegitimidade ativa, inépcia da inicial e prescrição, recebendo a ação, por entender que os atos imputados configurariam, em tese, atos de improbidade.

Sustenta o recorrente a ilegitimidade ativa da União, pois estaria atuando no interesse da Infraero, pessoa jurídica de direito privado, com personalidade jurídica própria; que a competência para o deslinde da causa, ainda que se trate de pedido de condenação por ato de improbidade, seria da Justiça do Trabalho, considerando que os atos ímprobos imputados aos recorrentes decorreram do exercício da sua relação de emprego com a Infraero; que não haveria ato de improbidade atribuído aos agravantes; que a ação estaria fulminada pela prescrição, considerando que o contrato de concessão firmado com o Sindicavir (atual Sinpetaxi) remonta a 1988, sendo que a ação foi proposta em 2014; e que a inicial seria inepta, pois não individualizaria a conduta dos agravantes.

Por fim, alega que não haveria justa causa para o processamento da ação, considerando que atuou no processo como consultor jurídico, emitindo apenas parecer quanto à legalidade do procedimento licitatório e dos aditivos, atuação que não teria aptidão provocar o alegado dano ao Erário.

II.

A.

Como já destacado na decisão proferida no Ag 24994-68.2016.4.01.0000, tenho que para esse momento processual as alegações preliminares não impressionam. No que tange à ilegitimidade passiva da União, ela não tem bom estofo jurídico, com a devida vênia, considerando tratar-se de pessoa jurídica de direito público controladora da Infraero, detentora de mais de 50% das ações, além de ser a proprietária da área objeto do contrato, estando a Infraero apenas na posse do imóvel, sobressaindo desses fatos o seu direito subjetivo na demanda, em concorrência com o da Infraero, que também integra a lide. Estas circunstâncias conferem à União a condição de pessoa jurídica interessada descrita no art. 17 da Lei 8.429/1992 e a legitima para a propositura da ação.

B.

No que diz respeito à existência de coisa julgada, o argumento vem vertido no fato de a Justiça do Trabalho haver anulado a demissão do recorrente, em razão do que teria deixado de existir o pretendido ato de improbidade que autorizou o manejo da presente ação, mas o argumento, por ora, não tem aptidão de convencer.

Conquanto o mesmo ato possa não traduzir uma situação que autorize uma demissão por justa causa, permitindo a sua eventual reversão, isso não quer dizer, *ipso facto*, que ele não possa representar um ato de improbidade administrativa, visto em face da tipificação da Lei 8.429/1992, cujo enfoque não foi o do julgamento da reclamação trabalhista. Idênticos fenômenos podem sofrer distintos enfoques jurídicos, quando submetidos a regramentos legais também distintos, sem que o fato traduza uma quebra da ordem isonômica e represente um exame exaustivo do fato a ponto de autorizar o reconhecimento da existência de coisa julgada.

C.

O mesmo se diga da alegação de eventual competência da Justiça do Trabalho, fundada no fato de os atos terem sido praticados no exercício da relação de trabalho.

A jurisprudência do STJ já se firmou no sentido de que a competência da Justiça do Trabalho, vista em face do art. 114 da Constituição, com a redação que lhe deu a EC 45/2004, somente se evidencia se a causa de pedir e o pedido decorrerem do reconhecimento de um direito atinente ao contrato de trabalho, o que não se colhe na hipótese de pedido de condenação por ato de improbidade, cuja causa de pedir decorre, essencialmente, da prática de atos que acarretem enriquecimento ilícito, prejuízo ao Erário, ou atentem contra os princípios da Administração Pública, visto em face da tipificação da Lei 8.429/1992, ficando a relação de trabalho no plano remoto e sem capacidade de suscitar a atuação especializada da Justiça do Trabalho. Neste sentido, sirva de exemplo o aresto abaixo:

[...] "1. A jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido de que a causa de pedir e o pedido definem a quem caberá apreciar e julgar o feito. Havendo discussão sobre o contrato de trabalho, bem como pleito de verbas trabalhistas decorrentes de suposta demissão sem justa causa, fica evidente a natureza eminentemente laboral do pedido, o que atrai a competência da Justiça trabalhista." [...] (AgRg no CC 132.083/PE, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 13/06/2016)

D.

Quanto à prescrição, tem-se que na hipótese de empregado público, como no caso, aplica-se à contagem do prazo prescricional o inciso II do art. 23 da Lei 8.429/1992, em face do que se impõe a observância do art. 142 da Lei 8.112/1990. Havendo a imputação criminal, o prazo vai reger-se pela prescrição da pena em abstrato do crime cominado, mas esta não é a hipótese.

O que se tem é que foi instaurado um processo administrativo disciplinar contra o agravante, pelo mesmo fato apontado ímprobo, situação que ensejou a interrupção da contagem do prazo prescricional, conforme o § 3º do citado art. 142.

Mas essa interrupção (suspensão!) não deve perdurar pelo tempo integral do curso do procedimento disciplinar, como entendeu a decisão recorrida, a menos que tenha sido encerrado antes do prazo legal de conclusão (140 dias da instauração).

O STF, na interpretação desses dispositivos legais, firmou o entendimento de que, embora a instauração da sindicância interrompa a prescrição, o tempo da interrupção não pode exceder a 140 dias, de tal sorte que, findo esse prazo, concluído ou não o processo disciplinar, o prazo prescricional volta a ter curso, pela sua integralidade (art. 142, § 3º c/c 169, § 2º – Lei 8.112/1990).

Esse posicionamento da Corte Constitucional se deu no julgamento do MS 22.728-1, do qual foi relator o Min. Moreira Alves, que em seu voto condutor assim discorreu sobre o tema:

[...] "Também não procede a alegação de ocorrência de prescrição. De feito, em se tratando de infrações puníveis com a cassação de aposentadoria, como sucede no caso, a prescrição disciplinar ocorre em 5 (cinco) anos (art. 142, I, da Lei 8112/90), a partir da data em que o fato se tornou conhecido (§ 1º do citado art.). Ademais, rezam os §§ 3º e 4º desse mesmo dispositivo legal que "a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente" e que "interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção". Em face do § 3º desse art. 142, não há como sustentar-se que, em se tratando de processo disciplinar, aberta a sindicância ou instaurado o processo disciplinar haja a interrupção do prazo de prescrição que começa a correr de novo e por interior a partir do próprio fato interruptivo, à semelhança de como sucede no direito penal. A interrupção mais consentânea com o sistema desse Lei - que no art. 169, § 2º, admite que a autoridade julgadora que pode julgar fora do prazo legal, seja responsabilizada quando der causa à prescrição de infrações disciplinares capituladas também como crime, o que implica dizer que o prazo de prescrição pode correr antes da decisão final do processo - é a de que, em se tratando de inquérito, instaurado este a prescrição é interrompida, voltando esse prazo a correr novamente por inteiro a partir do momento em que a decisão definitiva não se ser no prazo máximo de conclusão do inquérito, que é de 140 dias (art.s 152, "caput", combinado com o art. 169, 2º, ambos da Lei 8.112/90. [...]

Nesta linha são também os julgados que sequenciaram o *leading case* e a jurisprudência do STJ, conforme arestos abaixo:

RECURSO ORDINÁRIO – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL – PENA DE DEMISSÃO – ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INOCORRÊNCIA – DESCONSIDERAÇÃO DE CAUSA INTERRUPTIVA INCIDENTE NO CURSO DO LAPSO PRESCRICIONAL (LEI 8.112/90, ART. 142, § 3º) – INOVAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS DO PEDIDO – FUNDAMENTOS NÃO EXAMINADOS PELO TRIBUNAL APONTADO COMO COATOR – IMPUGNAÇÃO RECURSAL QUE NÃO GUARDA PERTINÊNCIA COM OS FUNDAMENTOS EM QUE SE ASSENTOU O ATO DECISÓRIO QUESTIONADO – OCORRÊNCIA DE DIVÓRCIO IDEOLÓGICO – INADMISSIBILIDADE – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A instauração do processo disciplinar qualifica-se como marco interruptivo da prescrição (Lei 8.112/90, art. 142, § 3º), cujo prazo recomeça a contar por inteiro após o transcurso do lapso temporal de cento e quarenta (140) dias que a Administração Pública tem para concluir o inquérito administrativo. (negrito aditado) Precedentes. INCOINCIDÊNCIA TEMÁTICA ENTRE OS FUNDAMENTOS DA IMPETRAÇÃO E AQUELES QUE DÃO SUPORTE AO ACÓRDÃO IMPUGNADO. - Não é lícito ao impetrante, em sede recursal ordinária, inovar materialmente em sua postulação, para, nesta, incluir pedido formulado em bases mais amplas e com fundamento diverso daquele que foi originariamente deduzido quando do ajuizamento da ação de mandado de segurança. Precedentes. - A ocorrência de divergência temática entre as razões em que se apoia a petição recursal, de um lado, e os fundamentos que dão suporte à matéria efetivamente versada na decisão recorrida, de outro, configura hipótese de divórcio ideológico, que, por comprometer a exata compreensão do pleito deduzido pela parte recorrente, inviabiliza, ante a ausência de pertinente impugnação, o acolhimento do recurso interposto. Precedentes. (RMS 30716 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe, 10.05.2013)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DISCIPLINAR. DEMISSÃO. MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO. PROCESSOS ANTERIORES ANULADOS. DESINFLUENTE PARA O CÔMPUTO DE PRAZOS. PRECEDENTE. TERMO AD QUEM. CIÊNCIA DOS FATOS. INTERRUPTÃO PELA INSTAURAÇÃO. AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO NO CASO CONCRETO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA.

1. Mandado de segurança impetrado com o objetivo de anular a aplicação de pena de demissão emanada do Ministro de Estado da Previdência Social pela alegação de haver prescrição no caso concreto. A portaria demissional foi publicada em 17.10.2012 (fl.209).

2. Não há falar em prescrição, uma vez que a ciência dos fatos ocorreu em 29.12.2005 (fl. 3.339), após a produção de um relatório consolidado de auditoria (fls. 3.272-3.338), que localizou diversas irregularidades, na concessão de uma ampla, de quantidade de benefícios previdenciários (fls. 234-2894).

3. A anulação de processos disciplinares exclui tais feitos do mundo jurídico e, apesar da possibilidade de uso de suas provas, não há falar em nenhuma alteração em relação à contagem de prazos. Precedente: AgRg no MS 13.242/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 26.8.2008.

4. "Na linha da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é de cento e quarenta dias o prazo estabelecido pela Lei 8.112/1990 para o término do processo administrativo disciplinar nela previsto. É igualmente firme a orientação segundo a qual o prazo prescricional, que se interrompe com a instauração do processo disciplinar, tem a sua contagem retomada, por inteiro, após decorridos cento e quarenta dias do início do processo" (MS 15.095/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, DJe 17.9.2012). (negrito aditado)

5. No caso concreto, a data de ciência ocorreu em 29.12.2005 (fl. 3339), tendo havido, em 5.7.2010, a instauração do processo disciplinar (fl. 25), acarretando a interrupção do prazo e o seu reinício acrescido de 140 (cento e quarenta) dias. Como a pena de demissão foi aplicada em 17.10.2012, resta evidente a ausência de prescrição da pretensão punitiva. Segurança denegada. (MS 19.755/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 03/09/2015)

Firmadas essas premissas, tem-se que a decisão recorrida afirma que os fatos apontados como ímprobos tornaram-se de conhecimento da autoridade administrativa (Ministério da Defesa) por meio da nota técnica da Auditoria da Infraero de 30/08/2008.

O processo administrativo disciplinar contra o agravante, ainda segundo a decisão recorrida, foi instaurado em 05/02/2009.

Contados os 140 dias dessa data de instauração do PAD, o prazo de interrupção da prescrição se findou em 25/06/2009.

Restabelecido na integralidade o curso do prazo quinquenal da prescrição, segundo entendimento do STF, tem-se por *dies ad quem* o dia 25/06/2014. Como a ação foi proposta em 24/06/2014, não é de se reconhecer o alegado implemento do prazo prescricional, regulado pelos art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa, e art. 142 da Lei 8.112/1990.

E.

Por fim, também não se observa a alegada inépcia da inicial, pois a ação descreve os fatos apontados com lesivos ao interesse público a participação dos recorrentes, tudo a partir de um longo processo investigativo, sendo o que basta para a admissão da ação, pois deve ser levado em conta que a rejeição da inicial de ação de improbidade administrativa somente está autorizada diante da existência de elementos que atestem para a inexistência de ato de improbidade, de não ser o procedimento a via processual adequada ou de ser manifesta a improcedência da ação, aspectos que, por ora, não ficaram evidenciados, de forma conclusiva nos fundamentos do agravo.

O mesmo se diga do fato de a atuação do agravante haver se operado na condição apenas de parecerista, pois a isenção de responsabilidade, nesta situação, deve ser aferida em face da capacidade de a sua atuação ter sido, ou não, decisiva para a prática do ato processual, o que somente será possível após a instrução processual e de uma visão completa dos fatos, não se mostrando apropriado o enfrentamento do tema no pórtico da ação.

É provável que no curso da ação, após a instrução e o exame detido de toda a prova a ser produzida, possa o agravante fazer vitoriosa a sua tese, mas neste momento processual, contudo, isso se mostra prematuro e inconsistente do ponto de vista da certeza exigida pelo § 8º do art. 17 da Lei 8.429/1992.

III.

Tal o contexto, *indefiro o pedido de efeito suspensivo*, mantendo a decisão recorrida. Responda a parte agravada, querendo, no prazo do art. 1.019 do CPC, colhendo-se, na seqüência a manifestação do MPF. Intimem-se.

(Agravo de Instrumento 0022911-79.2016.4.01.0000/DF, rel. Juiz Federal Leão Alves Aparecido (convocado), e-DJF1 de 06/07/2016, p. 1.684)

Agravo de Instrumento 0037799-53.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

Tim Celular S/A manifesta agravo de instrumento por meio do qual pede a reforma de r. decisão do Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, em ação sob procedimento ordinário por ela proposta à ora agravada, indeferiu pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado com propósito de obter a suspensão da exigibilidade de débito relativo a multa cominada nos autos do PADO 53504.017830/2008, sendo de seguinte teor o decidido:

Indefiro, novamente, a antecipação dos efeitos da tutela, uma vez que as novas cláusulas contratuais estabelecidas no seguro-garantia, trazidas na petição de fls. 853/868, não cumprem o que foi determinado na decisão de fl. 848/851, especialmente no que toca à necessidade de “que o prazo de vigência seja indeterminado ou condicionado ao trânsito em julgado da sentença” (fls. 850).

Na oportunidade, reitero à Tim Celular S.A. que a regra é a caução em dinheiro, permitindo-se, EXCEPCIONALMENTE, a instituição do seguro-garantia nos estritos termos postos na decisão anterior, coisa que a demandante insiste em relevar.

Ademais, é bom que se diga, essa já é a terceira decisão nos autos, em menos de um mês, sobre o mesmo assunto da garantia do juízo, o que apenas serve para tumultuar a instrução processual e asoberbar, ainda mais, o volume de trabalho do Poder Judiciário [...] (fls. 940 dos autos virtuais).

Ao julgar o Recurso Especial 1.137.497-CE, sob a sistemática do recurso repetitivo preconizada pelo art. 543-C do Código de Processo Civil, concluiu a Primeira Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido das razões sintetizadas na seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DÉBITO FISCAL. DÍVIDA DISCUTIDA JUDICIALMENTE. SUSPENSÃO DO REGISTRO NO CADIN. REQUISITOS. ART. 7º DA LEI 10.522/2002.

1. A mera existência de demanda judicial não autoriza, por si só, a suspensão do registro do devedor no CADIN, haja vista a exigência do art. 7º da Lei 10.522/02, que condiciona essa eficácia suspensiva a dois requisitos comprováveis pelo devedor, a saber: I – tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei; II - esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei. (Precedentes: AgRg no Ag 1143007/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 16/09/2009; AgRg no REsp 911.354/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 24/09/2009; REsp 980.732/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 17/12/2008; REsp 641.220/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26.06.2007, DJ 02.08.2007; AgRg no REsp 670.807/RJ, Relator Min. JOSÉ DELGADO; Relator para o acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 04.04.2005).

2. Destarte, a mera discussão judicial da dívida, sem garantia idônea ou suspensão da exigibilidade do crédito, nos termos do art. 151 do CTN, não obsta a inclusão do nome do devedor no CADIN.

3. In casu, restou consignado, no relatório do voto condutor do aresto recorrido (fls. e-STJ 177), a ausência de garantia suficiente, in verbis:

“ S.S. PETRÓLEO Ltda.. interpôs agravo de instrumento, com pedido de liminar substitutiva, contra decisão do MM. Juiz Federal Substituto da 3ª Vara – CE, que indeferiu antecipação de tutela em ação ordinária para impedir a inscrição em dívida ativa da multa, objeto do auto de infração ANP . 2.948, e obstar sua inclusão, ou manutenção, em cadastros restritivo de crédito.

A decisão agravada entendeu inviável impedir a regular constituição do crédito tributário e a inscrição da agravante no CADIN, por não haver a idoneidade e suficiência da garantia apresentada”.

4. Recurso especial provido (CPC, art. 557, § 1º-A). Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008 [...]

O seguro-garantia é instituto assemelhado à fiança bancária (art. 9º, II, da Lei 6.830/1980), cuja utilização como garantia foi introduzida pela Lei 1.382/2006 no Código de Processo Civil:

Art. 656. A parte poderá requerer a substituição da penhora: [...] § 2º. A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento).

A Lei 11.382/2006, introduzindo no Código de Processo Civil o § 2º ao art. 656, viabilizou expressamente a substituição da penhora por fiança bancária (débito a ser garantido) ou por seguro garantia judicial (sendo o valor devido + 30%), fato legislativo que faz com que a decisão agravada se ponha em conformidade com a norma legal, o que já foi reconhecido por essa Corte, como se vê da ementas abaixo transcritas:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - MEDIDA CAUTELAR - LIMINAR PARA, SUSPENDENDO A EXIGIBILIDADE TRIBUTÁRIA VIA FIANÇA BANCÁRIA, EXPEDIÇÃO DE CPD-EN E EXCLUSÃO DO CADIN - "FIANÇA BANCÁRIA" = "DEPÓSITO EM DINHEIRO" (LEI 6.830/1980, ART. 9º, I, II E §3º) - SEGUIMENTO NEGADO - AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

[...]

4. Se, para fins de Execução Fiscal, de satisfação do crédito tributário, tal equivalência (aptidão para produzir os mesmos efeitos) entre "efetuar depósito em dinheiro" e "oferecer fiança bancária" há, mais se reforça a aludida "igualdade potencial" se a pretensão é apenas e tão-somente de suspender a exigibilidade do crédito (para obtenção de CPD-EN e exclusão do CADIN), ao menos na lógica do jurídico e do razoável, que afasta o mero comodismo recalcitrante.

6. Agravo interno não provido.

7. Peças liberadas pelo Relator, em 28/10/2008, para publicação do acórdão" (AGTAG 2007.01.00.058747-5/DF, 7ª Turma, Rel. Desemb. Fed. Luciano Tolentino Amaral, e-DJF1 de 7.11.2008, pág. 524).

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. CPD-EN. "SEGURO GARANTIA JUDICIAL": POSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. A Lei . 11.382/2006, introduzindo no CPC o §2º ao art. 656, viabilizou expressamente a substituição da penhora por < fiança bancária > (=débito a ser garantido) ou por < seguro garantia judicial > (= valor devido + 30%).

2. Como a fiança bancária tem paridade com o depósito em dinheiro (art. 9º, I, II e §3º, da Lei 6.830/1980), reconhecida pelo STJ (MC 13.590/RJ), também assim ocorre com o "seguro garantia judicial".

3. Se, para fins de Execução fiscal (satisfação do crédito tributário), equivalem (aptidão para produzir os mesmos efeitos) "depósito" e "fiança bancária" (à qual o CPC equipara o seguro garantia judicial), mais se reforça a "igualdade potencial" se a pretensão remete apenas à obtenção de CPD-EN, na lógica do razoável, que afasta o mero comodismo recalcitrante.

4. A Apólice apresentada (representativa do seguro garantia judicial) acoberta o valor principal (+30%), os juros, a multa de mora e os demais encargos, agregada SELIC: atendido, na prática, o art. 151, II, c/c art. 206 do CTN, cabível a CPD-EN.

5. Agravo de instrumento provido [...] (AG 2009.01.00.016427-3/DF, 7ª Turma, Rel. Des. Fed. Luciano Amaral, e-DJF1 de 24.7.2009, pág. 200).

Regulamentando a aceitação do seguro garantia judicial em relação às execuções fiscais e ao parcelamento administrativo fiscal para débitos já inscritos em dívida ativa da União e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editou a Portaria PGFN 164, de 22 de fevereiro de 2014, estabelecendo seu art. 3º, inciso VI, alínea a que "o prazo de vigência da apólice será de, no mínimo, 2 (dois) anos no seguro garantia judicial para execução fiscal".

Dentro desse contexto, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal, assim para suspender, durante o prazo de vigência da apólice/endorso apresentada, a exigibilidade da multa aplicada pela agravada no PADO 53504.017830/2008, com as consequências daí resultantes, inclusive quanto a eventual registro do débito em cadastros de inadimplência e inscrição em dívida ativa, por identificar, em cognição sumária, própria dos juízos liminares, a concomitante presença dos requisitos que autorizam a adoção da providência, porquanto os documentos juntos por cópia digitalizada às fls. 927-938 e 944-946, assim apólice/endorso do seguro-garantia, com todos os requisitos exigidos pela referida Portaria PGFN 164/2014, e informações da seguradora a respeito de respectiva vigência, deixam entrever suficiente relevância jurídica nos fundamentos deduzidos no arrazoado recursal, com conformação de prova inequívoca a propósito da verossimilhança da alegação em que se sustenta o direito postulado, podendo advir à agravante, até julgamento do recurso, dano grave, de difícil reparação.

(Agravo de Instrumento 0037799-53.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, e-DJF1 de 21/07/2016, p. 134)

Agravo de Instrumento 0025932-63.2016.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

Por meio do presente agravo de instrumento, intenta a Fundação Nacional do Índio a reforma de r. decisão do Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, que acolheu somente em parte os embargos de declaração opostos contra a decisão concessiva de medida liminar determinante de reintegração de posse, a confirmando de acordo com a parte dispositiva do decidido:

Ante o exposto, conheço dos presentes embargos de declaração para DAR-LHES PARCIAL PROVIMENTO, suprir as omissões da decisão embargada, suprimir a determinação de vista ao MPE e intimação da Eletrobrás, mantendo-se os argumentos expostos na decisão embargada, posto que em consentâneo com decisões dos Tribunais Superiores (conforme exaustivamente demonstrado no texto daquela r. decisão), acrescendo-a da fundamentação aqui exposta.

Considerando os danos que a referida invasão causa tanto aos Requerentes quanto ao meio-ambiente, com uma ocupação não ordenada, com o desmatamento de área sem qualquer autorização/licenciamento ambiental e observância à legislação ambiental para tanto, devem ser adotadas, COM PRIORIDADE, medidas para a reintegração de posse.

Por todos os fundamentos acima expostos, determino a expedição de mandado para citação dos requeridos e para a reintegração de posse e de interdito proibitório, com urgência, a fim de que a área esbulhada discriminada na peça de pórtico da ação seja desocupada e para que os requeridos se abstenham de invadir tal imóvel.

No que tange ao requerimento do MPF para que sejam observadas as diretrizes do Manual de Diretrizes Nacionais para Execução de Mandados Judiciais de Manutenção e Reintegração de Posse Coletiva, da Ouvidoria Agrária Nacional, entendo que tal pretensão do MPF não merece acolhimento, não só porque as regras fixadas pela Ouvidoria Agrárias – que se arvora a editar normas de procedimento – não possuem amparo legal ou força normativa que inviabilize ou postergue o direito do possuidor esbulhado de reaver seu bem, mas sobretudo por que o imóvel sob análise nesta demanda está localizado em área urbana.

Ademais, importante fixar que somente haverá necessidade de execução forçada da medida de reintegração de posse caso os Requeridos esbulhadores da área objeto desta demanda desobedeçam à ordem judicial, em desrespeito às Instituições públicas responsáveis pelo cumprimento da Constituição e das Leis. Caso isso ocorra, haverá a necessidade do emprego da força, o que deve ocorrer sem excessos e com observância aos direitos fundamentais tanto dos ocupantes quanto dos Agentes Públicos responsáveis pela reintegração de posse da área.

Defiro, desde já, o desfazimento de qualquer construção ou plantação existente na área a ser reintegrada, conforme o disposto no art. 921, inciso III, do CPC, autorizando o desfazimento de qualquer construção/benfeitoria/acessão ilicitamente implementada no imóvel litigioso e promovendo a retirada de bens existentes nas áreas objeto desse comando judicial, na remota hipótese de os ocupantes não cumprirem voluntariamente a decisão de reintegração.

Devem ser retirados os postes de energia elétrica e a afação indevidamente instalados na área objeto desta ação, o que deve ser providenciado pela Concessionária de Energia Elétrica, de modo a que o imóvel esbulhado retorne ao status anterior ao ato ilícito indicado pelos autores.

A Amazonas Energia SA, empresa componente da Administração Federal Indireta cujo patrimônio pertence ao Povo brasileiro, deverá, caso possível, mensurar os prejuízos sofridos com eventuais desvios e furtos de energia naquela área, com vistas a futuro ressarcimento por parte dos Requeridos, caso se entenda necessário, medida esta que possui natureza cautelar de perpetuatio rei memoriam.

Para o cumprimento mandado de reintegração de posse e com vistas a que se efetive a concreção da ordem, caso a mesma não seja voluntariamente cumprida, autorizo o arrombamento e a superação de quaisquer obstáculos.

A ordem deverá ser cumprida por Oficiais de Justiça com o auxílio da Secretaria de Estado de Gabinete de Gestão Integrada (GGI), devendo para tanto ser pessoalmente intimado o Exmo. Sr. Secretário. Frederico de Souza Marinho Mendes, com vistas a, em auxílio ao Oficial de Justiça Federal, promover a desocupação da área invadida, promovendo a assistência possível aos invasores que deverão ser retirados do local [...] (fls. 70/72 dos autos virtuais).

Indefiro o pleito de atribuição de efeito suspensivo ao presente instrumento, por não identificar, em juízo de cognição sumária, própria dos juízos liminares, concomitante presença dos requisitos estabelecidos no art. 995, parágrafo único, do novo Código de Processo Civil, em especial no tocante à relevância dos fundamentos deduzidos no arrazoado recursal, enfraquecida diante dos termos mesmos do ato jurisdicional impugnado, da ausência de elementos que afastem o caráter de invasão de terra alheia evidenciado na demanda, e ainda da circunstância de que não se discutindo domínio na ação de reintegração de posse, não há espaço, nessa via estreita, para os questionamentos sobre a legitimidade do título de propriedade do imóvel, que evidentemente não servirão para descaracterizar o esbulho possessório.

Observe, ademais, que a decisão agravada também recomenda, como se impõe em casos da espécie, todos os cuidados e cautelas para que a ordem de desocupação se cumpra de forma pacífica e em ambiente de normalidade, solicitando, inclusive, “[...] o auxílio da Secretaria de Estado de Gabinete de Gestão Integrada (GGI)”, e “a promoção de assistência possível aos invasores que deverão ser retirados do local”. Aliás, conforme bem salientou a ilustre autoridade judiciária de primeiro grau,

[...] somente haverá necessidade de execução forçada da medida de reintegração de posse caso os Requeridos esbulhadores da área objeto desta demanda desobedeçam à ordem judicial, em desrespeito às Instituições públicas responsáveis pelo

cumprimento da Constituição e das Leis. Caso isso ocorra, haverá a necessidade do emprego da força, o que deve ocorrer sem excessos e com observância aos direitos fundamentais tanto dos ocupantes quanto dos Agentes Públicos responsáveis pela reintegração de posse da área [...].

(Agravo de Instrumento 0025932-63.2016.4.01.0000/AM, rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, e-DJF1 de 08/07/2016, p. 2.269)

Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0037549-20.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves

Brasventos Eolo Geradora de Energia S/A, Brasventos Miassaba 3 Geradora de Energia S/A e Rei dos Ventos 3 Geradora de Energia S/A interpuseram recurso de apelação nos autos de mandado de segurança impetrado ao Sr. diretor-geral da Agência Nacional de Energia Elétrica, contra r. sentença do Juízo Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, denegatória da ordem, nos seguintes termos:

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por BRASVENTOS EOLO GERADORA DE ENERGIA S.A., BRASVENTOS MIASSABA 3 GERADORA DE ENERGIA S.A. e REI DOS VENTOS 3 GERADORA DE ENERGIA S.A. contra ato do DIRETOR-GERAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - Aneel, objetivando a anulação, em parte, do Despacho Aneel 1.388/2014, especificamente em relação ao trecho que estipula, em caráter retroativo, o início da Operação Comercial e do Período de Suprimento, a contar de 1º de fevereiro de 2014, em detrimento da data de publicação do referido Despacho.

Relatam que foram constituídas em decorrência do resultado do 2º Leilão de Energia de Reserva para o Sistema Interligado Nacional – SIN, tendo firmado com a CCEE Contratos de Energia de Reserva - CER.

Narram que os participantes dos leilões geralmente ainda irão construir as usinas (no caso, Parques Eólicos), sendo que o início da vigência de tais contratos fica atrelado ao cronograma da construção em questão, que passa por diferentes fases.

Afirmam que, num primeiro momento, as usinas geradoras são autorizadas a operar na fase de “Operação em Teste”, na qual são aplicadas as regras do Ambiente Regulado e a remuneração correspondente à energia inserida no Sistema Interligado Nacional é determinada pelo chamado Preço de Liquidação das Diferenças – PLD, que oscila de acordo com as condições do mercado, demanda e oferta, podendo ser superior ou inferior ao preço contratado nos CERs celebrados.

Em relação aos despachos proferidos pela Aneel, destacam-se os seguintes: 1) o despacho 1.895/2013, que concedeu prazo adicional de dois meses para a entrada em operação comercial, a contar da data de disponibilização das instalações de transmissão; 2) o despacho 3.600/2013, que retificou o Despacho anterior, mas manteve a previsão contida de que a Operação Comercial poderia se iniciar em até dois meses depois de concluídas as obras nas linhas de transmissão, enquanto as Impetrantes deveriam permanecer na fase de Operação de Teste, comercializando a energia sob as regras do Ambiente Livre; 3) O Despacho 1.388/2014, que foi editado em 06 de maio de 2014 e publicado em 13 de maio de 2014, revogando os despachos anteriores e determinando que fosse considerada a data de 1º de fevereiro de 2014 como sendo a data de início da Operação Comercial e do Período de Suprimento, a partir da qual seriam aplicadas as regras do Ambiente Regulado previstas nos CERs.

Dessa forma, as Impetrantes deverão recontabilizar a energia comercializada, fazendo incidir as regras do Ambiente Regulado entre 1º de fevereiro e 13 de maio de 2014, ferindo o direito adquirido de comercializar energia sob as regras do Ambiente Livre enquanto estivessem em Operação em Teste, direito outorgado pela própria Aneel.

A inicial foi instruída com documentos de fls. 22/177.

O pedido de liminar foi deferido às fls. 180/182.

A autoridade coatora apresentou informações (fls. 194/202), alegando, em suma, a legalidade do ato impugnado. Juntou documentos de fls. 203/216.

A Aneel interpôs Agravo Retido (fls. 218/223).

A Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE veio aos autos informar que deu cumprimento à liminar deferida (fls. 227/228).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança (fls. 229/236).

As impetrantes apresentaram contrarrazões ao Agravo Retido (fls. 241/250).

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Pleiteia o impetrante a anulação, em parte, do Despacho Aneel 1.388/2014, especificamente em relação ao trecho que estipula, em caráter retroativo, o início da Operação Comercial e do Período de Suprimento, a contar de 1º de fevereiro de 2014, em detrimento da data de publicação do referido Despacho.

Observo que o parecer do Ministério Público Federal analisou a matéria de forma profunda e conforme o meu entendimento, razão pela qual adoto a sua fundamentação como razão de decidir, nos seguintes termos:

“ Excelência, a análise acurada dos autos revela que a insurgência das impetrantes não merece ascender, sendo a denegação da segurança pleiteada medida a se impor. Vejamos, inicialmente, trecho de petição nominada de “Pedido de Esclarecimentos Referentes ao Despacho nº 1895, de 11 de junho de 2013, publicado em 25 de junho de 2013, para esclarecer a data de início do Período de Suprimento” apresentado à Aneel pela Brasventos e cuja cópia foi juntada às fls. 153/155 dos autos in verbis:

“ As requerentes sagraram-se vencedoras no Leilão de Energia de Reserva nº 03/2009, sendo autorizadas a estabelecerem-se como Produtores Independentes de Energia Elétrica – PIE mediante a implantação e a exploração das CGE’s denominados EOL Missaba 3, EOL Rei dos Ventos I e EOL Rei dos Ventos III, localizadas no Rio Grande do Norte, com início de suprimento estabelecido no CER previsto para 01/07/2012.

A Aneel e o ONS constataram uma incompatibilidade de despacho pleno entre a data de entrada em operação comercial dos empreendimentos e a disponibilidade do sistema de transmissão para escoamento da totalidade da energia a ser produzida.

Assim, na análise de prorrogação do início de operação comercial, foi exarada pela Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Geração - SFG a Nota Técnica nº 011/2013 SFG/Aneel, por meio da qual relatou que, em 14.02.2013, a Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade -SFE informara que a data de entrada em operação comercial das instalações de transmissão que possibilitarão o escoamento da energia elétrica a ser produzida pelos empreendimentos está prevista para 31.10.2013, recomendando estabelecer que o período de suprimento do CER se inicie em 1/11/2013 e determine à CCEE que firme o respectivo Termo Aditivo. As mesmas recomendações foram ratificadas nas Notas Técnicas nº 194, 195 e 196, todas de 23 de maio de 2013.

Embora conste no Relatório e nas supramencionadas Notas Técnicas, que serviram de apoio e fundamento para o Despacho, não constou no Despacho nº 1895 a autorização para celebrar o Aditivo ao CER com início do período de suprimento do CER em 1º/11/2013.

Ressalte-se que, conforme esclarecimentos prestados em reunião na CCEE com a Brasventos no dia 17/07/2013, a CCEE somente firma aditivos ao CER quando a Aneel que autoriza a prorrogação, menciona a data específica no início do período de suprimento.

Importante observar que, ao contrário de alguns casos em que há eólicas prontas para gerar, mas não possuem linhas de transmissão, as EOL Missaba 3, EOL Rei dos Ventos I e EOL Rei dos Ventos III estarão prontas e aptas a aerar e transmitir energia até SE Açú II em 1º/11/2013, uma vez que as Linhas de Transmissão que conectam na Subestação Açú II são de titularidade dos próprios agentes e estão concluídas.

Assim, ainda que eventualmente não seja possível o despacho de energia na totalidade, os agentes poderão gerar e transmitir energia em 1º/11/2013.

Os agentes precisam receber a receita prevista no CER para honrar seus compromissos financeiros, inclusive no contrato de financiamento firmado com o BNDES, aliás, agente financiador para o qual precisam ser apresentados os aditivos do CER o mais rápido possível.

Reiteramos que, além das formalizações necessárias junto ao BNDES, para receber a receita proveniente do CER, é necessário aditar o CER estabelecendo a data de início do Período de Suprimento, que somente poderá ser assinado após autorização da Aneel contendo a data de início do período de suprimento.

Pelo exposto, vem os agentes requerer autorização da Aneel, através de despacho dessa respeitável Superintendência, para a CCEE firmar termo aditivo ao CER com vistas a postergar o termo inicial de suprimento do CER vinculado às EOL Missaba 3, EOL Rei dos Ventos I e EOL Rei dos Ventos III. todas para 1º de novembro de 2013 (grifos nosso).

Por seu turno, na petição denominada de “PEDIDO DE INICIO DO PERÍODO DESUPRIMENTO NO CER” (fls. 157/158), datada de 12 de novembro de 2013 (Protocolo Aneel 48513.039186/2013-00), asseveraram as impetrantes que:

Conforme relatado pelos agentes na correspondência protocolada em 22/07/2013, bem como pela Aneel através dos Despachos supramencionadas já publicados, será possível aos agentes entrarem em operação comercial antes da conclusão das linhas de transmissão a serem instaladas pela Chesf.

Ressalte-se que a CCEE somente firma termos Aditivos ao CER quando esta Agência menciona no Despacho a data específica do início do período de suprimento.

Os agentes precisam estabelecer a data de início do período de suprimento para receber a receita prevista no CER e honrar seus compromissos financeiros e administrar suas atividades Assim, vem os agentes requerer que a data de início do período de suprimento seja 1º/02/2014.

Pelo exposto, vem os agentes requerer, através de despacho da Aneel, que a CCEE firme termo Aditivo ao CER com vistas a postergar o início do período de suprimento do CER das EOL Missaba 3. EOL Rei dos Ventos I e EOL Rei dos Ventos III todas para 1º de fevereiro de 2014, preservando-se o prazo de suprimento de 20 (vinte) anos (12 de novembro de 2013 - Protocolo Aneel 48513 03918&2013-00) (grifos nosso).

Pois bem. Diversamente do que tentam imprimir na exordial do presente writ, deflui-se das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, bem assim da documentação que a acompanha, não haver qualquer ilegalidade/arbitrariedade no Despacho Aneel nº 1388/2014, especificamente no ponto em que fixa a data de 1º de fevereiro de 2014 como termo a quo do início da Operação Comercial e do Período de Suprimento por parte das impetrantes.

Tal se dá pelo fato de que resta cabalmente comprovado nos autos que a fixação da aludida data pelo Órgão Regulador de Energia Elétrica deu-se em atendimento a requerimento formulado pelas próprias impetrantes, conforme trechos de petições de sua autoria acima colacionados, não podendo as mesmas, desse modo, pretenderem se beneficiar da própria torpeza, mantendo-se ad eternum na fase de operação de testes e inadimplentes no que tange as obrigações assumidas perante o Poder Público em decorrência das outorgas de geração de energia elétrica a elas concedidas. Inclusive, a análise dos contratos firmados demonstra que já houve significativa dilação de prazo para que as autoras cumpram a obrigação que pretendem retardar os efeitos, eis que o CER's indicam, de forma expressa, que o início de suprimento dar-se-ia na data de 01/07/2012 (Cláusula 4.31).

Alem do mais, a tomada de decisão pela Aneel não foi embasada única e exclusivamente no requerimento formulado pelas impetrantes, mas na constatação de ordem técnica de que as usinas por elas controladas estavam operando conforme definição de operação comercial, estabelecida pela Resolução Normativa 583/2013-Aneel, sendo essa a situação operacional a que energia a produzida pela unidade geradora está disponibilizada ao sistema, podendo atender aos compromissos mercantis do agente ou para o seu uso exclusivo. Nesse sentido, pontua as informações da autoridade apontada como coatora ao se referir à Nota Técnica nº 33/2014-SEM/SRG/SFG/Aneel que:

II. A SFG, em consulta ao Sistema de Coleta de Dados e Energia - SCDE da CCEE verificou que as usinas estavam gerando efetivamente desde o dia 2 de setembro de 2013 (EOL Missaba 3,) 22 de outubro de 2013 (EOL Rei dos Ventos 1) e 22 de outubro de 2013 (EOL Rei dos Ventos 3). A geração de energia regularmente pelas usinas as distanciavam da definição de operação em teste, que conforme essa mesma Resolução a define como aquela que atende às próprias necessidades de ajustes de equipamentos e verificação de seu comportamento do ponta de vista sistêmico e atendimento de consumo próprio.

III. Considerando esses empreendimentos como potencialmente em operação comercial, conforme definição da REN 583/2013. O entendimento foi o de que não havia óbices para o empreendedor solicitar à Aneel a operação comercial das usinas. Tanto é que o próprio agente solicitou de fato a operação comercial para 1º de fevereiro de 2014.

IV. Havia ainda a hipótese, aventada pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS de que, em situação extrema, poderia haver restrição de despacho das usinas. Porém, foi considerada que essa é uma condição sistêmica (não apenas para as referidas usinas). Durante todo o período em que as usinas operaram em teste não houve restrição de despacho pelo ONS. Ademais, caso houvesse restrição de despacho o contrato poderia cobrir essa eventualidade, de modo a assegurar o recebimento da Receita Fixa e a isenção de ressarcimento pela energia não gerada.

V. Concluiu-se que, como se trata de um contrato regulado cujo objeto é a operação comercial da usina, regido por um Edital, cujo objeto também é a entrega de energia em data ainda não superada no âmbito do contrato, a obrigação constituída do agente é a da solicitação da operação comercial, haja vista a superação da fase de testes das usinas.

VI. vem os agentes requerer, através de despacho da Aneel, que a CCEE firme termo Aditivo ao CER com vistas a postergar o início do período de suprimento do CER das EOL Missaba 3. EOL Rei dos Ventos I e EOL Rei dos Ventos III todas para 1º de fevereiro de 2014, preservando-se o prazo de suprimento de 20 (vinte) anos (12 de novembro de 2013 - Protocolo Aneel 48513 03918&2013-00)

VII. Importante ainda considerar que o agente, em correspondência de 20 de março de 2014, afirmou a intenção de protocolar outro pedido com nova data de início de suprimento, haja vista estar superada a data solicitada à Aneel de iniciar o suprimento em 1º de fevereiro de 2014.

VIII. No entanto o entendimento das áreas técnicas foi que era plenamente possível que a energia já aerada desde 1º de fevereiro de 2014 atendesse ao suprimento, desde que reconhecida a mesma data como sendo a de entrada em operação comercial da usina. (grifos nossos).

Afora esses argumentos, embora o Despacho Aneel nº 1.895/2013 tenha indicado a alteração do início do período de suprimento do contrato das impetrantes para o primeiro dia do terceiro mês subsequente à data de disponibilização das instalações de transmissão de responsabilidade da CHESF, houve ressalva no sentido de que o evento poderia acontecer "...em data anterior caso não seja necessário o uso da totalidade do prazo" o que também desmantela o argumento das impetrantes de que houve irregularidade na fixação do dia 1º de fevereiro de 2014 para a entrada em operação comercial.

Ora, conforme salientado alhures, foram as próprias impetrantes que solicitaram que o início do período de suprimento se desse em 1º de fevereiro de 2014, de modo que os contratos pudessem ser aditivados pela Câmara de Comercialização

de Energia Elétrica - CCEE, e confirmando a possibilidade de entrar em operação comercial antes da conclusão das linhas de transmissão aludidas no Despacho Aneel nº 1.895/2013. Assim, sendo tal fato confirmado pela Aneel, pois as usinas já operavam em teste naquele momento, coerente a decisão do poder concedente.

Acrescente-se, ainda, que a medida adotada pela Aneel teve por escopo proteger o interesse público, uma vez que enquanto as impetrantes estiverem na fase de operação em teste, os consumidores de energia elétrica – aos quais a Agência Reguladora tem o dever institucional de proteger (art. 15 Decreto nº 2335/972) - deixam de auferir o ganho da diferença do preço do contrato e o PLD - Preço de Liquidação de Diferenças, caso esse seja maior. É dizer: a adoção dessa postura implicaria em convivência do agente regulador com o locupletamento indevido das impetrantes em detrimento dos consumidores, já que a referida diferença remuneratória é apropriada pelo empreendedor, que permanecendo em período de testes, recebe aproximadamente o dobro do que receberia se estivesse em operação comercial, valorando sua geração pelo preço do Leilão.

A insurgência das impetrantes improcede ainda pelo fato de que segundo disposto na inicial, a necessidade de obter Declaração de Atendimento dos Procedimentos de Rede - DAPR, junto ao Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, é o único impeditivo à entrada na fase de operação comercial, documento do qual a Aneel expressamente as liberou de apresentar, inclusive assumindo o ônus pela verificação da possibilidade de risco sistêmico pelo não cumprimento aos requisitos dos procedimentos de rede perante o ONS, na continuidade da análise do processo de fiscalização.

Destarte, por qualquer das órbitas analisadas, vê-se que a insurgência das impetrantes não merece guarida, devendo ser mantida a data de 1º de fevereiro de 2014 como início da Operação Comercial e do Período de Suprimento tal qual disposto no ato administrativo atacado, que se revela legal e razoável”.

Desse modo, não restou comprovado violação a direito líquido e certo das impetrantes, razão pela qual não merece amparo o pleito.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, revogo a liminar e DENEGO A SEGURANÇA.

Custas pelas impetrantes. Sem honorários (Súmula 105 do STJ).

Publique-se. Registre-se. Intime-se (fls. 134/143 dos autos virtuais).

Nas razões recursais, basicamente, são reafirmadas as ponderações da peça inicial da impetração, pontuando-se, em síntese, que o mandado de segurança não se volta à discussão de terem ou não as impetrantes condições de entrar em operação comercial já em 1º de fevereiro de 2014, ou se seria possível à Aneel revogar atos administrativos anteriormente praticados, e sim discutir a possibilidade de se emprestar ou não efeitos retroativos ao Despacho 1.388/2014, determinante de que a contabilização da energia comercializada fosse feita desde aquela data, de forma que seu preço fosse calculado de acordo com o ambiente regulado e não pelo Preço de Liquidação das Diferenças – PLD. Argumentam com a impossibilidade de atribuição de efeitos retroativos, quando se cuida de revogação de atos administrativos, com imposição de ofensa ao princípio de proteção à confiança e com a proibição de comportamento contraditório por parte da Administração Pública, postulando, ao final, concessão de *“efeito suspensivo ativo à apelação em questão para, restabelecendo a medida liminar cassada pela r. sentença proferida pelo d. Juízo a quo, suspender imediatamente os efeitos retroativos do Despacho Aneel 1.388/2014 (entre 1º/2/2014 e 13/05/2014) até o julgamento definitivo do indigitado recurso”* (fls. 12).

Por força do disposto no art. 1.012 e parágrafos do Código de Processo Civil hoje em vigor, a regra de recebimento do recurso de apelação no duplo efeito suspensivo e devolutivo sofre exceção nas hipóteses enumeradas em seu parágrafo 1º e incisos, podendo o tribunal ou, se já houver ocorrido a distribuição do mesmo, o relator, mediante simples requerimento da parte interessada, suspender a eficácia da sentença recorrida se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do apelo ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (§§ 3º e 4º).

No caso em exame, tenho por cumpridos tais pressupostos.

Com efeito, como mostra a leitura da peça inicial da ação de segurança e das razões recursais de apelação, especialmente do pedido nela formulado, as impetrantes não questionam o Despacho 1.388, de 6 de maio de 2014, da Agência Nacional de Energia Elétrica, por haver fixado 1º de fevereiro daquele ano como data de liberação das unidades geradoras Miassaba 3, Rei dos Ventos 1 e Rei dos Ventos 3 para operação comercial, mas sim por fixar tal data, retroativamente, como

[...] início do período de suprimento dos Contratos de Contrato de Energia de Reserva - CER associados à participação no Leilão n. 3/2009-Aneel, de Energia de Reserva para Fontes Eólicas das centrais geradoras eólicas referidas na alínea “i”,

revogando o Despacho 1.895, de 11 de junho de 2013, com a retificação levada a efeito pelo Despacho 3.600, de 22 de outubro seguinte, inclusive naquilo quanto, conforme estabelecido em seu item “vi”, declarou “a possibilidade de entrada em operação comercial das Centrais Geradoras Eólicas Miassaba 3, Rei dos Ventos 1 e Rei dos Ventos 3 em data anterior ao início do período de entrega da energia contratada, obtendo remuneração pela receita variável, nos termos definidos no item 8.8 do CER [...]”.

Os Despachos 1.895/2013 e 3.600/2013, instrumentalizando deliberações tomadas em processos administrativos, alteraram o cronograma de implantação das centrais geradoras eólicas referidas, para concatená-las com a entrada em operação comercial plena das instalações de transmissão associadas às linhas de transmissão Mossoró II-Açu II (C2) e Paraíso-Açu II (C3), na subestação II 230 KV, concederam um prazo adicional de dois meses para a entrada em operação comercial daquelas, a contar da disponibilização das aludidas linhas de transmissão e, ao mesmo tempo, estabeleceram que o período de suprimento relativo aos Contratos de Contrato de Energia de Reserva – CER associados à participação no Leilão 3/2009-Aneel iniciar-se-ia no primeiro dia do terceiro mês subsequente à data de disponibilização das linhas de transmissão, liberando, porém, as unidades geradoras para entrarem em operação comercial ainda que em data anterior ao início do período de entrega da energia contratada, mediante remuneração pelo regime de receita variável.

O questionado Despacho 1.388/2014, a seu turno, do quanto se depreende da leitura da decisão em que se fundamenta, não viu mais necessidade naquela concatenação e acolhendo, embora com demora em sua análise, requerimento formulado em 12 de novembro de 2013 pelas próprias unidades geradoras, fixou em 1º de fevereiro de 2014 o início do período de suprimento, alterando, assim, os efeitos dos despachos por ele revogados com sua entrada em vigor em 13 de maio seguinte.

Dentro desse contexto, identifico relevância jurídica na fundamentação pertinente à tese de existência de direito adquirido, na medida em que, objetivamente, o Despacho 1.388/2014 alterou, retrospectivamente, mediante juízo de conveniência e oportunidade como o é um juízo de revogação, os efeitos dos decretos revogados, sem embargo de se poder contra-argumentar com a circunstância de que a fixação da data de início de suprimento em 1º de fevereiro de 2014 foi fruto de iniciativa das próprias unidades geradoras de energia, em cenário que, posteriormente ao requerimento, se mostrou desfavorável às requerentes.

Observo, por outro lado, que recontabilização imediata da energia já comercializada pode trazer às recorrentes dano grave de difícil reparação, não se identificando risco reverso, pois tal recontabilização poderá ser efetuada *a posteriori*, em um quadro de julgamento colegiado da questão.

Nessas condições, defiro o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação para, suspendendo os efeitos da sentença denegatória do mandado de segurança, manter, até julgamento da apelação, ou ulterior deliberação, a eficácia da medida liminar determinante “à Autoridade Coatora que suspenda os efeitos do despacho 1.388/2014, especificamente no trecho em que estipula início da Operação Comercial e do Período de Suprimento das Impetrantes a contar de 1º de fevereiro de 2014, devendo o referido prazo ser contado a partir da data de publicação do referido Despacho (13 de maio de 2014)” (fl. 131).

(Pedido de Concessão de Efeito Suspensivo à Apelação 0037549-20.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Carlos Moreira Alves, e-DJF1 de 20/07/2016, p. 1.228)

Agravo de Instrumento 0073790-61.2014.4.01.0000/GO

Relatora: Juíza Federal Daniele Maranhão Costa (convocada)

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto de decisão que, em sede de cumprimento de sentença, rejeitou os embargos de declaração opostos por HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo e manteve decisão anterior que determinou a inclusão do agravante no polo passivo da demanda como sucessor do executado, Banco Bamerindus S/A.

O r. juízo *a quo* assim decidiu ao entendimento de que a sentença exequenda teria julgado procedente o pedido para determinar ao Banco Bamerindus do Brasil S/A ou seu sucessor legal (HSBC Bank Brasil S/A) que proceda

à securitização dos débitos do agravado e, embora o embargante afirme que o Banco HSBC não é sucessor universal do Banco Bamerindus, não teria juntado aos autos documentos que comprovem tal afirmação (fls. 826-928).

Em seu recurso, alega o agravante, em síntese, que o vínculo jurídico estabelecido entre as instituições financeiras (Banco Bamerindus e HSBC) e consubstanciado no contrato de “Compra e Venda de Ativos e Assunção de Obrigações” não implica necessariamente a assunção da universalidade de direitos e obrigações do banco liquidando pelo agravante, considerando que o patrimônio e a personalidade jurídica do Banco Bamerindus mantiveram-se intactos, assim como a possibilidade de sua responsabilização pelos débitos próprios.

Segundo o recorrente, o instrumento particular de confissão de dívida, objeto da ação principal, firmado em 20/08/1997, teria ocorrido antes da celebração do contrato entre o Banco Bamerindus, em liquidação extrajudicial, e o HSBC, em que teria adquirido os ativos e passivos, ou seja, em 26/03/1997, não havendo que se falar na ocorrência da teoria da aparência para se alegar que teria havido a sucessão, a qualquer título, do Banco Bamerindus pelo HSBC, como já consagrado pelo colendo STJ.

Argumenta ainda que, como o contrato firmado entre as instituições financeiras diz respeito tão somente à transferência de operações financeiras, excluindo, expressamente, diversos créditos, dentre eles, os “créditos em atraso”, não caberia, igualmente, suscitar-se a sucessão do Banco Bamerindus do Brasil pelo HSBC.

Em reforço da tese de que o Banco Bamerindus é pessoa jurídica existente e válida, que não se confunde com a do Banco HSBC, e que possui crédito suficiente para pagamento de todos os seus credores, alega que teria sido amplamente noticiado nos jornais um projeto de encerramento da liquidação extrajudicial das empresas do Grupo Bamerindus, sendo manifesta, portanto, a ilegitimidade passiva do HSBC para figurar no polo passivo da demanda principal, e arcar com os honorários advocatícios de sucumbência, devendo, por isso, ser decretada a extinção do feito, sem resolução do mérito.

Aponta o agravante, por fim, que não teria sido comprovada a sua citação pessoal na demanda proposta em face do Banco Bamerindus, não sendo parte legítima para a ação, tanto que não pode levantar o valor depositado em juízo pelo espólio autor para que o requerido (Banco Bamerindus) promova o levantamento do montante depositado e, *a posteriori*, a securitização da dívida.

Por tais razões, requer a atribuição de efeito suspensivo para suspender os efeitos da decisão agravada, de modo a impedir a incidência da multa de 10%, a eventual ordem de penhora ou de arresto e o prosseguimento do procedimento.

É o relatório. Decido.

Consoante se extrai dos autos, o Espólio de Ekaterina Ivanoff ajuizou declaratória de alongamento de dívidas originárias de crédito rural contra o Banco Bamerindus S/A e a União Federal, nos termos da Lei 9.138/1995.

A sentença ali proferida (fls. 645-656), julgou procedente o pedido inicial para determinar ao Banco Bamerindus do Brasil S/A, ou seu sucessor legal (HSBC Bank Brasil S/A), que proceda à securitização dos débitos do espólio, obedecida a forma ditada pela Lei 9.138/1995, sob garantia da União Federal e Resoluções do Banco Central do Brasil, inclusive no tocante à apuração do saldo devedor e na cláusula referente ao produto a ser utilizado para efeito de equivalência, tendo sido o réu condenado nas custas e honorários advocatícios de sucumbência de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

A sentença foi confirmada neste Tribunal (fl. 702) e reformada pelo STJ apenas em relação à União Federal (fls. 758-762), que foi excluída da lide por ilegitimidade passiva *ad causam*, transitando em julgado em 1º/07/2013 (fl. 763).

Em sede de cumprimento judicial da sentença (fls. 839-841), o patrono do agravado, o advogado Valdir Miranda de Moraes, requereu, em causa própria, a intimação do executado, Banco Bamerindus (hoje HSBC Bank Brasil S/A), para, no prazo de 15 dias, efetuar o pagamento da importância de R\$ 10.236,11, atualizada até 23/12/2013, relativa aos honorários advocatícios, de acordo com memória de cálculos de fls. 842-846.

Devidamente intimado, o HSBC opôs embargos de declaração (fls. 887-889), alegando, em síntese, que teria havido erro material na decisão embargada (fl. 865), por não ser parte da lide, já que não teria havido a sua regular

citação pessoal, eis que a demanda fora proposta contra o Banco Bamerindus, do qual não seria seu sucessor universal.

A decisão, ora agravada, rejeitou os embargos de declaração do HSBC sob o fundamento de que a sentença determinou ao Banco Bamerindus ou seu sucessor legal (HSBC Bank Brasil S/A) que proceda à securitização dos débitos da parte-autora, bem como porque o HSBC não teria comprovado que não é sucessor universal do Banco Bamerindus e que adquirira somente uma pequena parte de seus ativos (fls. 926-928). Pois bem.

A despeito do quanto afirmado pelo ilustre magistrado *a quo*, o certo é que o colendo Superior Tribunal de Justiça vem se orientando no sentido de afastar a teoria da aparência nas hipóteses para responsabilizar solidariamente o HSBC e o Banco Bamerindus pelos serviços bancários e seus defeitos, ante a impossibilidade de definição escorreita a qual banco está o mutuário/correntista vinculado e qual deles hospeda sua escrita contábil após a sucessão parcial do Banco Bamerindus pelo HSBC, no tocante à assunção de montante determinado de passivos, representados por conta de depósitos, cadernetas de poupança e aplicações financeiras de pessoas físicas e jurídicas.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE VALORES REFERENTES A HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS NO BOJO DO PROCESSO 002.98.050031-0/002 EM 20% (VINTE POR CENTO) SOBRE O VALOR DA EXECUÇÃO, SUPOSTAMENTE DEVIDOS PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA HSBC BANK BRASIL S/A, NA QUALIDADE DE SUCESSORA DO BANCO BAMERINDUS S/A - EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL - TRIBUNAL DE ORIGEM QUE APLICOU A TEORIA DA APARÊNCIA A FIM DE REPUTAR O BANCO HSBC COMO SUCESSOR DO BANCO BAMERINDUS. INSURGÊNCIA DA CASA BANCÁRIA HSBC.

1. Inaplicabilidade da teoria da aparência, utilizada para hipóteses nas quais, em razão da incidência do CDC, reputa-se o HSBC e o Banco Bamerindus, solidariamente responsáveis pelos serviços bancários e seus defeitos, ante a impossibilidade de definição escorreita a qual banco está o mutuário/correntista vinculado e qual deles hospeda sua escrita contábil após a sucessão parcial do Banco Bamerindus pelo HSBC, no tocante à assunção de montante determinado de passivos, representados por conta de depósitos, cadernetas de poupança e aplicações financeiras de pessoas físicas e jurídicas.

2. Hipótese que não versa sobre relação de correntista considerado hipossuficiente e a instituição financeira, mas sim de créditos sucumbenciais do patrono que logrou êxito em embargos de devedor e fulminou execução lastrada em "título" extrajudicial, considerado ilíquido na relação processual anterior.

3. No caso ora em foco, há indícios objetivos de que não houve sucessão universal entre o HSBC e o Banco Bamerindus, bem como que o crédito ensejador da presente contenda remanesceu sob a titularidade do Bamerindus. Instâncias ordinárias que se pautaram unicamente na teoria da aparência, sem uma análise aprofundada do contrato de compra e venda de ativos, assunção de direitos e obrigações e outras avenças, além dos termos anexos que respaldaram a negociação.

4. Recurso especial provido para afastar a aplicação da teoria da aparência, com a anulação do acórdão recorrido, e determinação do retorno dos autos ao Tribunal de origem para novo julgamento, desta feita, mediante o exame minudente do acervo fático-probatório existente nos autos.

(REsp 1338793/MS, rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 20/06/2013, DJe 17/09/2013)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. HSBC. BAMERINDUS. SUCESSÃO UNIVERSAL. NÃO OCORRÊNCIA. TITULARIDADE DOS PASSIVOS. VERIFICAÇÃO EM CADA CASO CONCRETO. TEORIA DA APARÊNCIA. INAPLICABILIDADE. PERSONALIDADES JURÍDICAS DISTINTAS. CONSERVAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. INCUMBÊNCIA DE QUEM ALEGA.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se o HSBC é parte legítima para integrar o polo passivo do cumprimento de sentença exarada nos autos de ação revisional proposta contra o Banco Bamerindus.

2. A jurisprudência desta Corte firmou posicionamento no sentido de não reconhecer a ocorrência de sucessão universal entre o HSBC e o Bamerindus, de modo que a verificação da titularidade dos passivos deve ser efetivada em cada caso concreto.

3. A ausência de sucessão universal sobressai da leitura do "Instrumento Particular de Contrato de Compra e Venda de Ativos, Assunção de Direitos e Obrigações e Outras Avenças" firmado entre o Banco HSBC S.A. e o Banco Bamerindus do Brasil S.A. - Sob Intervenção -, da qual se conclui que a transferência de determinados ativos e passivos ligados mormente à atividade empresarial bancária não gerou a transmissão de todo o patrimônio ou da totalidade das obrigações de uma instituição financeira para a outra.

4. Nos termos do decidido pela Quarta Turma, no REsp 1.338.793/MS, Relator Ministro Marco Buzzi, a incidência da teoria da aparência tem lugar nos casos em que, havendo sucessão parcial de uma instituição financeira por outra, o

consumidor (mutuário/correntista) se vê eventualmente impossibilitado de definir a qual banco está vinculado ou qual deles hospeda sua escrita contábil.

5. O caso dos autos é substancialmente diverso, pois o contrato em comento foi celebrado em 19/9/1995 com o Bamerindus, tendo toda a ação de conhecimento sido processada contra esse requerido, ao passo que o HSBC somente foi incluído no polo passivo da demanda na fase de cumprimento de sentença, por meio de decisão exarada em 23/5/2007.

6. O Bamerindus, que foi submetido ao regime especial de liquidação extrajudicial por força de ato do Banco Central do Brasil, conservou sua personalidade jurídica e capacidade de atuação em juízo e fora dele. Precedentes: REsp 1.431.693/SP e REsp 1.429.173/PA.

7. No caso em apreço, não há nos autos nenhum elemento que indique que o passivo objeto do cumprimento de sentença que deu origem ao presente recurso especial tenha sido assumido pelo HSBC.

8. Incumbe ao exequente fazer prova do fato que alega, sendo impróprio adotar a premissa de que caberia ao ora recorrente comprovar que não era devedor.

9. Recurso especial provido.

(REsp 1505282/GO, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 04/09/2015)

Nessa linha de orientação, verifica-se que a decisão agravada encontra-se em dissonância com a jurisprudência firmada a respeito do tema, devendo o juízo da execução possibilitar ao agravante a oportunidade de comprovar os fatos alegados, notadamente com a efetiva intimação do Banco Bamerindus para se manifestar nos autos, considerando a ausência de resposta à primeira intimação (fl. 847), para corroborar a alegação de ilegitimidade passiva do HSBC para responder pelos honorários advocatícios de sucumbência no feito originário.

Ademais, pela simples leitura da sentença proferida no feito originário, verifica-se que o HSBC, a despeito de ter constado do dispositivo do julgado como sucessor do Banco Bamerindus S/A, não foi devidamente citado para integrar o polo passivo da lide, como assistente ou litisconsorte passivo necessário, o que denota, em princípio, plausibilidade jurídica na alegação de ilegitimidade passiva do HSBC para figurar no polo passivo da execução promovida pelo agravado.

Ademais, somente uma interpretação do contrato havido entre os bancos permitirá saber a extensão em que foram transferidos direitos e obrigações pertinentes a tais contratos.

Sendo assim, impõe-se a inclusão do Banco Bamerindus do Brasil S/A nestes autos também como agravado, para que se manifeste sobre o quanto alegado pelo agravante, considerando que figura como executado no título executivo judicial.

Assim postos os fatos, *defiro* o pedido de efeito suspensivo, nos termos do art. 1.019, I, do CPC, para suspender os efeitos da decisão agravada.

(Agravo de Instrumento 0073790-61.2014.4.01.0000/GO, rel. Juíza Federal Daniele Maranhão Costa (convocada), e-DJF1 de 1º/08/2016, p. 1.268)

Agravo de Instrumento 0031877-31.2016.4.01.0000/MG

Relator: Desembargador Federal Souza Prudente

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo Juízo da Vara Federal da Subseção Judiciária de Passos/MG, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra Luciano Henrique de Toledo e outros, em que se busca a concessão de provimento judicial, no sentido de que seja concedida antecipação da tutela, compelindo-se os promovidos em se absterem de realizar desmate, aração, queimada, renovação de pastagens e pecuária, no imóvel objeto descrito nos autos, impondo-se-lhes, também, a obrigação de fazer, consistente na recuperação das áreas de preservação permanente degradadas.

O juízo monocrático deferiu, em parte, o pedido em referência, nestes termos:

O Ministério Público Federal requer a apreciação dos pedidos de tutela de urgência, para emissão de ordem judicial visando:

1.[...] que seja imposta aos demandados particulares solidária obrigação de não-fazer, consistente na abstenção de praticar ou de autorizar que se pratique:

1.1. desmate/aração ou qualquer outra intervenção antrópica incompatível com o Plano de Manejo ou sem a devida autorização do órgão ambiental;

1.2. pecuária e renovação de pastagens, até que haja formação de Termo de Compromisso com o ICMBio, mediante adoção de medidas preventivas para evitar danos ambientais (erosão, desmate de área de preservação permanente, supressão de vegetação nativa, assoreamento de cursos d'água e de nascentes etc.), de acordo com suas orientações técnicas (...);

2. [...] que seja imposta aos demandados particulares solidária obrigação de fazer, consistente na recuperação das áreas degradadas, especialmente da área de preservação permanente atingida, com apresentação de PRAD elaborado por profissional capacitado e sua execução, após aprovação do ICMBio, conforme indicação feita no Laudo Técnico Ambiental PNSC01/2013(f. 2-H e verso).

Para ambos pedidos, requer a aplicação de multa diária R\$2.000,00, bem como a expedição de ofícios ao ICMBio, para que promova visitas mensais ao imóvel, poro a emissão de relatório e orientação dos demandados na adoção das medidas preventivas.

Os danos ambientais foram constatados em 28-12-2012, na Fazenda Bateinha, localizada no Município de Delfinópolis/MG e registrada sob a matrícula n. 20.635e 20.636do CRI de Cássia/MG.

Nessa data, foram lavrados 04 (quatro) autos de infração em face de LUCIANO HENRIQUEDETOLEDO:

- AI 023490/B, noticia a destruição de vegetação nativa, com a oração de uma área de 39A5ha para plantio de braquiária;
- A1023491/B, noticia o impedimento de regeneração de vegetação nativa em área de 29A5ha;
- A1023492/B, noticia a destruição de vegetação nativa decorrente de oração de 1,5790ha em área de preservação permanente;
- A1023493/B, noticia a introdução de espécie exótica - braquiária - em 70A8ha da fazenda.

Passo ao exame dos pedidos de urgência.

Em 2005, novo Plano de Manejo do Parque Nacional da Serra da Canastra foi dado a lume, explicitando a situação fundiária regularizada da área já expropriada (Chapadão da Canastra: 71.525 ha), correspondente ao Parque demarcado hoje em operação, e a meta de regularização quanto ao Chapadão da Babilônia (130.000 ha), para consecução dos 200.000hectares estimados ao limiar.

Nos termos da jurisprudência dominante do TRF da Primeira Região, ainda que ausente a transposição do bem particular ao domínio público, todas as propriedades pertencentes à área determinada no Decreto 70.355/72 (200.000ha) devem se adequar às limitações impostas pela criação da unidade de conservação, espaço territorial especialmente protegido, submetido a regime peculiar de administração. A propósito:

AMBIENTAL. PROCESSOCIVIL.AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. PARQUE NACIONAL DA SERRA DA CANASTRA. UNIDADEDECONSERVAÇÃO FEDERALDE PROTEÇÃOINTEGRAL. DECRETONº 70.355/1972. ÁREA NÃO REGULARIZADA .PRINCIPIO DA PRECAUÇÃO. 1. O Parque Nacional da Serra da Canastra constitui unidade de conservação federal de proteção integral, criada pelo Decreto nO70.355/1972, com área total de aproximadamente 200.000ha, objetivando proteger as diversas nascentes na região, entre as quais se destaca a nascente do Rio São Francisco. Nesse espaço, somente houve a regularização fundiária de aproximadamente 71.000 ha. 2. A determinação para que os agravados se abstenham de edificar, explorar, cortar/suprimir vegetação ou realizar qualquer outra ação antrópica incompatível com a preservação de unidade de conservação do PARNA Serra da Canastra, em imóvel situado em área não regularizada, mostram-se necessárias à tutela ambiental em nome dos princípios da precaução e da reparação integral, a fim de cessar as atividades danosas e prevenir outras. 2. Não cabe ao Judiciário imiscuir-se na atividade do Executivo, avaliando o mérito do ato administrativo de desapropriação pelo ICMBio de propriedade que não se encontra dentro de área não regularizada do parque Nacional da Serra da Canastra, ainda mais em medida cautelar. 3. Agravo de instrumento parcialmente provido.

Portanto, comprovado o dano causado pela supressão de fauna e flora em Área de Preservação Permanente (laudo técnico MCC-01/2013: f. 62-63), e havendo receio da irrecuperabilidade do dano ambiental caso prossiga a atividade agrícola nessa área, tenho que restam preenchidos os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, de modo a autorizar a concessão de liminar quanto à obrigação de não-fazer.

Igualmente cabível a concessão de liminar quanto à obrigação de fazer, consistente na recuperação da área de preservação permanente.

Por fim, importante destacar que, nas linhas mais avançadas do direito contemporâneo, não se pode mais falar apenas em direito ambiental, mas, antes, em direito socioambiental. Trata-se de visão lapidarmente esculpida sob epíteto de "ecologia integral" na recente Carta Encíclica *Laudato Si*. Sobre o Cuidado da Casa Comum. Disso decorre que, em áreas como o Parque da Canastra, os imperativos da conservação aderem ao adequado manejo da situação de ocupantes tradicionais, cujo legado cultural - v.g., a produção do Queijo Canastra - merece tanta proteção quanto o bioma natural.

Contudo, no caso em tela, verifica-se que os réus particulares não são ocupantes tradicionais, uma vez que residem nos municípios de Franca/SP e Ribeirão Preto/SP (f. 198 e 295).

Dessa forma, no caso em questão deve incidir de forma mais forte o viés ambiental, justificando uma proteção mais restritiva da propriedade.

Não se olvida que as restrições impostas pelos órgãos de fiscalização e proteção ambiental têm resultado, com o passar dos anos, numa verdadeira aniquilação dos direitos de propriedade sobre os imóveis situados no Parque da Canastra.

Contudo, para a insurgência contra tais lesões o direito positivo brasileiro criou instrumento específico, qual seja, a ação de desapropriação indireta - instrumento que, iluminado pela garantia do contraditório e pela possibilidade de avaliação da terra por perito judicial imparcial, tem sido utilizado por diversos proprietários em situação análoga, em atenção à jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

Pelo exposto, defiro parcialmente o pedido de tutela de urgência, para:

1) Determinar aos réus particulares, LUCIANO HENRIQUE DE TOLEDO e RODRIGO MATEUS DE TOLEDO, que, sob pena de multa diária de R\$2.000,00 (dois mil reais):

1.1) abstenham-se de praticar ou autorizar que se pratique a supressão da vegetação nativa ou qualquer outra intervenção antrópica em Áreas de Preservação Permanente da Fazenda Bateinha;

1.2) Promovam a recuperação da área de preservação permanente degradada, mediante um PRAD elaborado e executado por profissional habilitado”.

Em suas razões recursais, sustentam os recorrentes, em resumo, a ilegitimidade da pretensão deduzida pelo Ministério Público Federal no feito de origem, destacando que o suposto dano ambiental noticiado nos autos teria ocorrido nos idos de 2012, a descaracterizar, na espécie, qualquer *periculum in mora*.

Não obstante os fundamentos ventilados pelos recorrentes, não vejo presentes, na espécie, os pressupostos do art. 1.019, I, do CPC, a autorizar a concessão da pretendida antecipação da tutela recursal, na medida em que não conseguem infirmar as razões em que se amparou a decisão agravada, que se afina com a tutela cautelar constitucionalmente prevista no art. 225, § 1º, V e respectivo § 3º, da Constituição Federal, na linha autoaplicável de imposição ao Poder Público e à coletividade do *dever de defender e preservar* o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, para as presentes e gerações futuras (CF, art. 225, *caput*), tudo em harmonia com o princípio da prevenção.

Há de ver-se, ainda, que, em homenagem à tutela ambiental acima referida, ações agressoras do meio ambiente, como a noticiada nos autos de origem, devem ser rechaçadas e inibidas, com vistas na preservação ambiental, em referência. Na espécie dos autos, contudo, a agressão noticiada, que já se operou, e o conseqüente dano ambiental, que já se materializou, não afastam as medidas de cautela necessárias, a fim de evitar-se o agravamento desse dano ambiental, sem descurar-se das medidas de total remoção do ilícito ambiental, na espécie, bem assim, da tutela de prevenção, para inibir outras práticas agressoras do meio ambiente, naquela área afetada.

Não cabe invocar-se, aqui, categorias jurídicas de direito privado, para impor a tutela egoística da propriedade privada, a descurar-se de sua determinante função social e da supremacia do interesse público, na espécie, em total agressão ao meio ambiente, que há de ser preservado, a qualquer custo, de forma ecologicamente equilibrada, para as presentes e futuras gerações, em dimensão difusa, na força determinante dos princípios da prevenção e da participação democrática (CF, art. 225, *caput*).

Na ótica vigilante da Suprema Corte,

[...] a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...] O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o

conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações [...] (ADI-MC 3540/DF – rel. Min. Celso de Mello – DJU de 03/02/2006)

Com estas considerações, *indefiro* o pedido de antecipação da tutela formulado na inicial.

(Agravo de Instrumento 0031877-31.2016.4.01.0000/MG, rel. Des. Federal Souza Prudente, *e-DJF1* de 1º/07/2016, p. 746)

Agravo de Instrumento 0010623-02.2016.4.01.0000/BA

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Feira de Santana/BA contra decisão proferida pelo MM. juiz federal da 3ª Vara da Subseção Judiciária de Feira de Santana/BA, que deferiu pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado nos autos da Ação Civil Pública 10188-44.2015.4.01.3304, ajuizada pela Defensoria Pública da União e Defensoria Pública do Estado da Bahia, e determinou a suspensão do Contrato 412189-88/2012, firmado entre a Caixa Econômica Federal, o município ora recorrente, e, por consequência, ficam obstados os respectivos repasses/pagamentos até ulterior deliberação judicial.

2. Irresignado, argumenta o agravante, inicialmente, ser nula a decisão em face da inobservância do art. 2º da Lei 8.437/1992, salientando que a Caixa Econômica Federal não foi ouvida. Prosseguindo, aduz que a Nota Técnica 16/2015/Semob/MCIDADES não indica qualquer tipo de irregularidade do Projeto BRT de Feira de Santana, tampouco que teria de estar inserido no Plano Diretor de Mobilidade Urbana, pois já tramita no Congresso Nacional projeto de lei que amplia para 2018 a exigência de elaboração de Plano Diretor de Mobilidade Urbana para municípios de seu porte.

3. Aduz que foi promovido o arquivamento do Inquérito Civil Público 1.14.004.000171/2013-81, que concluiu como cumpridas as obrigações fixadas na Recomendação 1/2014, considerando viável o Projeto BRT em face das leis municipais estarem adequadas à implantação do projeto.

4. Alega que as obras do sistema BRT já foram iniciadas e diversas ruas e avenidas do centro urbano da cidade já estão sofrendo intervenções, salientando que a manutenção da decisão recorrida jogará por terra todo o planejamento da estrutura do sistema de transporte coletivo urbano da cidade e provocará a demissão de milhares de trabalhadores, bem como que as vias não podem ser devolvidas à população no estado em que se encontram.

5. No que se refere às recomendações da Nota Técnica 138/2015/Demob/SNTMU/MCIDADES, encaminhou os devidos esclarecimentos, expondo as justificativas das alterações, juntamente com a Caixa Econômica Federal, que também encaminhou expediente para a Secretaria Nacional de Transportes e da Mobilidade Urbana – Semob, com as justificativas apresentadas pela engenharia da CEF e do município, que concluiu pela pertinência da continuidade da obra, sendo restabelecida pelo Ministério das Cidades a liberação de recurso para o empreendimento (Ofício 1552/2015-STNMU/MCIDADES).

6. Ao final, após outras diversas alegações, requer o agravante a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Autos conclusos, *decido*.

8. Preliminarmente, ressalto que sem razão o agravante quanto à preliminar de nulidade, visto que as normas legais que regem a antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública devem ser interpretadas conforme a Constituição Federal, de modo a permitir, em casos excepcionais e para evitar o perecimento de direito, o deferimento de medida satisfativa ou o provimento antecipatório parcialmente irreversível.

9. Prosseguindo, ressalto que melhor sorte lhe assiste quanto ao mérito, pois, a princípio, razão parece lhe assistir.

10. Isso porque, não bastasse o fato de estar a obra, aparentemente, em adiantado processo, considerando as fotografias acostadas, não parece haver irregularidades ou ilegalidades que justifique a suspensão do contrato firmado entre a agravante e a Caixa Econômica Federal e a consequente suspensão das obras do BRT naquela municipalidade.

11. Não obstante os relevantes fundamentos adotados pelo e. juízo *a quo* para decidir, mostram-se também relevantes os fundamentos adotados pelo Ministério Público Federal para sugerir o arquivamento do Inquérito Civil Público 1.14.004.000171/2013-81, instaurado para acompanhar a regularidade do projeto de mobilidade urbana com a implantação do BRT na cidade de Feira de Santana, que afirmou não ter encontrado qualquer óbice de ordem legal, tampouco fere princípios administrativos o financiamento realizado pelo município para a realização do projeto (fl. 155). Ademais, aduz que embora ausente de atualização o plano diretor do município, existem diversas leis municipais atualizadas que tornam o projeto viável juridicamente, tais como: Lei Complementar 46/2010 (dispõe sobre o sistema viário das áreas de expansão urbana), Lei Complementar 75/2013 (define o perímetro urbano e limites interdistritais), Lei 3.473/2014 (dispõe sobre o Código de Obras e Edificações); Lei Complementar 86/2014 (altera a Lei 1.615/1992, que instituiu a Lei do Ordenamento do Uso e Ocupação do Solo) e Lei Complementar 41/2009 (que alterou o Código de Meio Ambiente), salientando que esses diplomas legais atualizaram diversos tópicos de referida norma, notadamente aqueles diretamente relacionados ao projeto do BRT. (fl. 156)

12. Observo que não obstante tenha o Ministério das Cidades, na Nota Técnica 138/2015/DEMOB/SNTMU/MCIDADES, com a finalidade de analisar as alterações realizadas no projeto do BRT de Feira de Santana, sugerido a suspensão de desembolsos dos recursos de financiamento do projeto em 18/09/2015 (fls. 585-593), restabeleceu a liberação de recursos em 26/10/2015, após ter o agravante prestado as informações necessárias e ter comprometido que não haverá prejuízo para os sistemas não motorizados de circulação, fl. 961.

13. A União, instada a se manifestar, pugna pelo indeferimento de medida de urgência de suspensão do repasse de recursos e da obra, salientando não haver provas inequívocas das alegações das agravadas, salientando que "da leitura da longa e estressante peça incoativa, pode-se constatar que, longe de basear-se em suposta ilegalidade na conduta dos contratantes, a irresignação das Autoras se volta, em verdade, contras as políticas públicas adotadas pelo Município de Feira de Santana", aduzindo que se afigura judicialmente insindicável o mérito dessas políticas. (fl. 263).

14. Ressalto que, no que se refere à ausência de Plano de Transporte e Circulação/Plano de Mobilidade Urbana, esclarece a Nota Técnica 16/2015/SEMOB/MCIDADES, fls. 186-194,

[...] a Lei 12.587/2012 (Lei de Política Nacional de Mobilidade Urbana) definiu que após a data de sua promulgação, os municípios teriam o prazo máximo de 03 (três) anos para a elaboração do Plano de Mobilidade Urbana, para que assim não fiquem impedidos de receber recursos oriundos do Orçamento Geral da União (OGU) destinados à mobilidade – os contratos de financiamento do recurso do FGTS não ficam impedidos de serem celebrado pela inexistência do referido plano. A seleção proposta, divulgada no dia 05 de maio de 2013, é anterior a esse prazo, que se findou no dia 12 de abril de 2015. Portanto, no momento da seleção da proposta, o município de Feira de Santana não estava obrigado a possuir Plano de Mobilidade Urbana.

15. Por fim, saliento o risco de dano irreparável ou de difícil reparação e o perigo da demora a justificar a concessão da medida requerida, pois as obras já parecem estar em adiantado estado, com intervenções em diversas ruas e avenidas da cidade, inclusive com trechos interditados para realização das obras, sendo que, aparentemente, a interrupção da obra poderia acarretar maior prejuízo ao Erário e à coletividade que sua continuidade.

Pelo exposto, *defiro, por ora, o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento.*

(Agravo de Instrumento 0010623-02.2016.4.01.0000/BA, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, e-DJF1 de 30/06/2016, p. 877)

Agravo de Instrumento 0041059-41.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Associação Brasileira dos Investidores em Autoprodução de Energia Elétrica – Abiape em face de decisão que, nos autos de ação ordinária, indeferiu o pedido de liminar, em que a autora pretende obter a suspensão, em favor de suas associadas (usinas por ela representadas na Câmara de Comercialização de Energia), dos efeitos da decisão tomada pela CCEE diante das liminares obtidas nos Agravos de Instrumento 0036475-62.2015.4.01.0000/DF e 0025473-32.2014.4.01.0000/DF.

O r. juízo *a quo* assim decidiu, negando o pedido, ao entendimento de que a situação posta nos autos não seria nova e não teria qualquer grau de urgência, já que, desde 2014, o mecanismo de realocação dos efeitos da decisão proferida em favor da Usina Santo Antônio Energia S/A vem sendo utilizado nas liquidações financeiras e que a solução do caso diz respeito ao exercício do poder de autotutela pela Administração, com vistas à recomposição do *status quo*, passando-se, pois, ao largo da principal tese ventilada na petição inicial: que o MRE presta-se apenas ao compartilhamento do risco hidrológico, mas não do risco financeiro-judicial entre os agentes do mercado.

Em seu recurso, alega a agravante, em síntese, que o juízo de primeiro grau teria se equivocado, pois, ainda que, de fato, as decisões proferidas nos referidos agravos de instrumento serem datadas de 12/05/2014 e 31/07/2015, respectivamente, não corresponderia à verdade que, desde 2014, elas vêm sendo utilizadas nas liquidações financeiras, na medida em que apenas recentemente é que tais decisões passaram a produzir efeitos.

Esclarece a recorrente que, enquanto a decisão proferida no AI 0025473-32.2014.4.01.0000/DF ainda estaria suspensa por decisão do Superior Tribunal de Justiça, na SLS 1.911, a decisão proferida no AI 0036475-62.2015.4.01.0000/DF somente passou a produzir efeitos em 24/05/2016, quando publicada a decisão proferida na Reclamação 23.871, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Ricardo Lewandowski, para restaurar os efeitos da decisão deste Tribunal no AI 0036475-62.2015.4.01.0000/DF, por “(i) vislumbrar questão constitucional na contracautela e, por consequência, (ii) considerar ter havido usurpação, pelo Superior Tribunal de Justiça, de sua competência para o julgamento da suspensão”.

Esclarece ainda que não se questiona, aqui, o mérito das decisões proferidas em favor da concessionária de geração responsável pela UHE Santo Antônio, ou seja, o problema em discussão não foi criado pela referida empresa, muito menos pelo Poder Judiciário, mas sim pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE e pela Aneel, ao operacionalizarem a primeira liminar obtida no AI 0036475-62.2015.4.01.0000/DF e, ao cumpri-la, a CCEE teria decidido, unilateralmente e sem respaldo na referida decisão judicial, imputar os ônus da medida sobre o MRE, reduzindo a energia alocada às demais usinas participantes do mecanismo.

Entende a agravante que, ao operacionalizar a decisão judicial que afastou a aplicação do Fator de Indisponibilidade (FID) da UHE Santo Antônio sobre unidades geradoras não acionadas pelo Operador Nacional do Setor Elétrico (ONS), a CCEE teria optado por retirar energia dos demais geradores hidrelétricos sem amparo nas normas do setor ou na ordem judicial, eis que as demais usinas do MRE não compuseram a lide originária.

Alegando a impossibilidade da imputação de ônus financeiro-judicial da referida decisão judicial aos demais agentes do MRE, requer que sejam suspensos, em favor de suas associadas, os efeitos da decisão tomada pela CCEE diante das liminares obtidas nos AI 0036475-62.2015.4.01.0000/DF e 0025473-32.2014.4.01.0000/DF, de modo que a Câmara:

(a.1) abstenha-se de imputar-lhes os ônus financeiros das decisões judiciais obtidas nos AI n. 0036475-62.2015.4.01.0000/DF e n. 0025473-32.2014.4.01.0000/DF, independentemente da competência a que se refiram, de forma a não frustrar o montante de energia a elas alocado, na próxima liquidação financeira e seguintes, considerados os procedimentos de contabilização e de recontabilização, até o trânsito em julgado desta ação, sob pena de multa processual diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser revertida a favor da Autora/ Agravante e, cumulativamente,

(a.2) recontabilize, em relação às associadas da Autora/Agravante, as liquidações financeiras realizadas em desconformidade com o item anterior; e, ainda cumulativamente, para que

b) a CCEE (b.1) abstenha-se de aplicar qualquer sanção às associadas da Autora/ Agravante, consideradas todas as usinas por elas representadas na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, em virtude da falta de aporte de garantias financeiras ou do não pagamento, na próxima liquidação financeira e seguintes, do valor correspondente aos efeitos das decisões judiciais referidas na alínea “a”, bem como (b.2) caso prestadas as garantias financeiras, abstenha-se de executá-las, nos termos do pedido anterior (item “a”).

Às fls. 1.056-1.062, determinei a intimação da agravante para que, aditando a petição do recurso, indicasse clara e concretamente quais decisões e/ou documentos expedidos pela CCEE ou Aneel que lhes tenham transferido o ônus das decisões judiciais proferidas em favor da Santo Antônio em relação ao FID.

Às fls. 1.063-1.121, a concessionária Santo Energia S/A, na condição de terceira interessada e na qualidade de assistente simples das rés/agravadas (conforme requerido no processo de origem e ainda pendente de decisão), apresentou contraminuta, requerendo, em síntese, a redistribuição do presente agravo de instrumento, por prevenção, ao relator do Agravo de Instrumento 36475-62.2015.4.01.0000/DF, Desembargador Federal Souza Prudente, com fundamento na conexão.

Segundo a interessada,

[...] como nos autos dos citados Al's houve determinação para recontabilização da forma de apuração do Fator de Indisponibilidade da UHE Santo Antônio, todos os membros do MRE foram afetados reflexa e indiretamente pela forma de cumprimento das decisões obtidas pela Saesa perante o TRF1, liquidadas e consumadas em 13/07/2016. O Agravo de Instrumento visa reverter este fato já consumado, transferindo a conta paga pelas associadas da Agravada para os credores do Mercado de Curto Prazo (MCP) [...].

Além da redistribuição do agravo, a interessada requereu o indeferimento da antecipação da tutela recursal e o não provimento do recurso, mantendo a decisão agravada.

Em aditamento à petição do agravo (fls. 1.122-1.125), a agravante esclarece que o dano sofrido por suas associadas estaria comprovado pelas Reuniões 873 e 874 do CAd/CCEE, que teriam determinado a indevida imputação de ônus financeiro-judiciais ao Mecanismo de Realocação de Energia – MRE, conjugadas com os relatórios de contabilização da liquidação financeira juntados com a petição inicial deste agravo.

Segundo a agravante, pela leitura dos relatórios juntados aos autos, seria possível perceber que a CCEE, fazendo referência expressa ao número do Agravo de Instrumento 36475-62.2015.4.01.0000/DF, em que proferida a decisão do Desembargador Federal Souza Prudente a favor da Santo Antônio Energia S/A, exigiu das usinas e ela associadas quantia superior a 4 milhões de reais apenas para a liquidação do mês de abril de 2016, exclusivamente em razão do indevido repasse aos geradores hidrelétricos dos ônus das liminares que tratam da aplicação do FID da UHE Santo Antônio.

Corroborando essa constatação, acrescenta a agravante que a própria CCEE teria feito constar, no “espaço exclusivo” do seu *site*, nota sobre “as decisões judiciais que resultaram em ajustes na contabilização do Mercado de Curto Prazo – MCP – Operações relativas a maio/2016”, na qual se refere, entre outras, à decisão obtida pela UHE Santo Antônio (item 12.2)” (cf. fl. 1.125).

É o relatório. Decido.

Preliminarmente, não reconheço à Santo Antônio Energia S/A a condição de terceira interessada, uma vez que a matéria aqui discutida não repercute no seu patrimônio jurídico, não incidindo, na espécie, o art. 119 do CPC.

Causa e consequência deste raciocínio é a conclusão de que não existe, no caso, conexão com a demanda eventualmente deduzida pela que agora se alega terceira interessada.

A ausência de conexão ou de litisconsórcio é atestada pela própria Santo Antônio Energia S/A (Saesa) que, nas ações originárias que propôs, jamais referiu qualquer repercussão no patrimônio jurídico das associadas da agravante (Abiape), tanto que não a situou no polo passivo das demandas originariamente propostas.

Se a terceira interessada (Saesa) entendesse que as decisões judiciais, de cujas consequências a agravante visa escapar com o presente agravo, atingiria o patrimônio jurídico de outrem, evidentemente teria que ter proposto as demandas também contra elas.

Ao não propor as demandas originárias contra as associadas da agravante, a própria interessada admite a inexistência de vínculos jurídicos ou processuais entre aquelas e a presente demanda.

De fato, não parece existir conexão entre as demandas, seja pela causa de pedir, seja pelo pedido.

Nas demandas originárias, a causa de pedir era a forma de apuração do Fator de Indisponibilidade (FID) da Usina Hidrelétrica Santo Antônio feita pela Aneel, enquanto que, na presente demanda, a causa de pedir é a

circunstância de, não sendo parte daquelas demandas (causa de pedir remota), ter como consequência jurídica (causa de pedir próxima) não sofrer as repercussões econômicas daquelas decisões.

Também os pedidos das demandas são completamente diferentes. Naquelas demandas, a Saesa pretende (1) bloquear a apuração da indisponibilidade da UHE Santo Antônio enquanto não concluída a fase de motorização da usina e (2) bloquear a apuração da indisponibilidade das unidades geradoras não acionadas pelo ONS; na presente demanda se requer não sofrer a alocação dos efeitos econômicos das decisões judiciais obtidas pela Saesa nas ações judiciais nas quais as associadas da agravante não são sequer partes.

Num primeiro olhar, em juízo provisório próprio de tutela de urgência, portanto, não vislumbro conexão.

Portanto, rejeito simultaneamente a intervenção neste recurso da Santo Antônio Energia S/A, também rejeitando, no caso, eventual alegação de conexão ou prevenção do relator do Agravo de Instrumento 36475-62.2015.4.01.0000/DF.

Passo ao exame do mérito do recurso.

Em despacho anterior, proferi decisão em que, não obstante reconhecesse plausibilidade jurídica no pedido formulado pela agravante, intimei-a a apresentar quais decisões e/ou documentos expedidos pela CCEE ou Aneel que lhes tenham transferido o ônus das decisões judiciais proferidas em favor da Santo Antonio em relação ao FID, no seguinte sentido (cito):

“Passo ao exame do pedido de tutela recursal.

Relata a agravante que a empresa Santo Antônio Energia S/A (Saesa), vencedora do leilão de outorga da Usina Hidrelétrica Santo Antônio, questiona perante o Poder Judiciário (Ações Ordinárias 28271-48.2014.4.01.3400 e 0033266-70.2015.4.01.3400) a apuração do Fator de Indisponibilidade (FID) da referida usina hidrelétrica.

Segundo a agravante, nas licitações para geração de energia elétrica, é definido, para cada empreendimento hidrelétrico, um “índice de disponibilidade de referência”, que indica a porcentagem de tempo em que as unidades geradoras da usina devem estar aptas para funcionamento, caso acionadas pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS).

Esse índice refletiria a eficiência do empreendimento em produzir energia elétrica quando chamado a gerar pelo Operador Nacional.

Para a apuração do comportamento contrário da usina, ou seja, dos seus momentos de ineficiência, segundo a agravante, a Aneel teria criado o chamado Fator de Indisponibilidade (FID) para a usina objeto de outorga, o qual indicará o tempo em que unidade geradora não esteve disponível, isto é, aquém da disponibilidade de referência.

O edital de licitação da UHE Santo Antônio teria previsto que o seu índice de disponibilidade de referência seria de 99,5%, ou seja, ao longo de sua operação, a usina precisaria demonstrar estar em condições de ser acionada pelo ONS no patamar de 99,5% de sua capacidade máxima de produção de energia, observada a condição hidrológica.

Naquelas ações, a empresa Santo Antonio Energia S/A obteve, em sede de agravos de instrumento, decisões liminares favoráveis, “para que a indisponibilidade da usina não fosse apurada enquanto não concluída a implantação de todas as 50 unidades geradoras da UHE Santo Antônio” (AI n. 0025473-32.2014.4.01.0000/DF) e “para suspender a exigência e a oponibilidade [...] de qualquer [...] penalidade e/ou restrição de direitos em decorrência dos atos praticados pela Aneel, quando da apuração de Fator de Indisponibilidade (FID), ao imputar indisponibilidades durante os períodos em que as respectivas unidades geradoras da UHE Santo Antônio não estiverem despachadas pelo ONS” (AI n. 0025473-32.2014.4.01.0000/DF).

Ao cumprir referida decisão, a CCEE, segundo a Abiape, teria decidido, “unilateralmente e sem respaldo na decisão judicial, imputar os ônus da medida sobre o MRE, reduzindo a energia alocada às demais usinas participantes do Mecanismo” (fl. 14).

Pois bem.

Em casos análogos ao do presente agravo, venho decidindo pela impossibilidade de imputação de ônus financeiro decorrente de decisões judiciais sobre o MRE, conforme decidido no Agravo de Instrumento n. 0039583-02.2015.4.01.0000 (cito):

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Companhia Energética de São Paulo – CESP contra decisão proferida em ação cautelar incidental que indeferiu o pedido de antecipação de tutela, no qual se pleiteava a suspensão da exigência de aporte financeiro da ordem de R\$ 87.280.127,27, previsto para se efetivar na data de hoje, 21/07/2015, na contabilização de junho de 2015 no âmbito do MRE.

Relata a agravante que, em 20 de julho de 2015, ajuizou medida cautelar inominada com pedido de liminar em face da Aneel e da União, ora agravadas, objetivando a suspensão da exigência de aporte financeiro da ordem de R\$ 87.280.127,27, nos seguintes termos:

[...]

Esclareceu, ainda, que a própria CCEE teria afirmado, em correspondência enviada a ora agravante, que o valor por ela divulgado na liquidação referente ao mês de Junho/2015 contém efeitos financeiros das ações judiciais que beneficiam as empresas que obtiveram decisões judiciais, limitando a aplicação do fator GSF no âmbito do MRE.

No referido documento, a CCEE teria esclarecido, ainda, que os agentes não detentores de decisões em ações judiciais que limitem a aplicação do fator GSF são impactados a débito e que a CESP, ora agravante, por esse motivo, suportará débito no valor de R\$ 135 milhões.

E mais. Nos relatórios expedidos pela CCEE dentre os meses de janeiro a maio do corrente ano, o valor indicado pela CCEE seria significativamente maior do que aqueles que a agravante tem suportado no ambiente do MRE (cito):

Jan – Aporte zero (CESP credora);

Fev – Aporte de R\$ 5.919.017,00;

Mar – Aporte de R\$ 30.896.939,39;

Abr - Aporte zero (CESP credora);

Mai - Aporte zero (CESP credora).

Neste aspecto, a agravante teria demonstrado o alegado temor, na medida em que no dia 21/07/2015 deverá aportar o valor de R\$ 87.280.127,27, valor esse MUITO superior à proporcionalidade de suas garantias físicas, o que significa que estará respondendo pelas garantias físicas de outros participantes do MRE.

Relatados, decido.

A assertiva da CESP quanto aos fatos, segundo ela mesma alega, estaria amparada nas informações prestadas pela CCEE, juntadas aos autos pelos documentos enumerados de 8 a 9, nos quais se relaciona a evolução dos aportes de garantias prestados pela agravante, em que se exigiria no mês de junho/2015, R\$ 87 milhões.

De fato, existe nos autos informação da Administração Pública (fls. 147/148) que certifica que a evolução do valor de R\$ 5.919.017,00 (fls. 153 dos autos digitais), devido em 17/03/2015, para R\$ 87.280.127,27 (fls. 162 dos autos digitais), devido em 16/07/2015, corresponde ao aumento da cota de aporte de garantia financeira da agravante em razão de decisões judiciais em favor de outras empresas, fato que o próprio juízo a quo, na decisão que indeferiu a liminar pretendida, expressamente admitiu (cito):

[...] cobrir o déficit de outras geradoras, cujos “débitos” foram limitados por liminares judiciais, está em vias de se tornar também “devedora” e ter que arcar com um “débito” de aproximadamente 87 milhões de reais (...)

Portanto, verifico prova suficiente para análise da matéria.

Obviamente a empresa não pode suportar a consequência de decisões judiciais das quais não foi parte. Da mesma forma, é também evidente que os órgãos judiciais que concederam liminares para diminuir o aporte de garantia financeira de outras empresas, não pretendiam que a Administração repassasse o débito para as empresas que, à semelhança da agravante, não obtiveram tais liminares.

Portanto, já agora entendo plausível a irrisignação da agravante quanto a não se ver colocada na posição de suportar incremento em suas obrigações que decorre de decisões judiciais nas quais não tenha sido parte.

Isso considerado, DEFIRO, PARCIALMENTE, a tutela de urgência pleiteada no sentido de determinar que as agravadas se abstenham de crescer à cota de aporte de garantia financeira, eventualmente devida pela agravante, os valores decorrentes das decisões judiciais que beneficiaram outras empresas ao excluir ou diminuir o valor por elas devido, na proporção que possa repercutir nas suas obrigações (da agravante).

Nessa linha de orientação, é evidente que as hidrelétricas não beneficiadas por liminares que suspendam ou limitem o FID são duplamente oneradas, uma vez que, além de arcar com os valores decorrentes da situação deficitária do MRE, devem ainda responder pelo déficit decorrente de decisões judiciais em processos em que sequer são partes.

Além disso, seria de fato discutível, à luz do art. 24 do Decreto 2.655/1998, que riscos de natureza não hidrológica pudessem ser assumidos pelo MRE.

Portanto, entendo plausível a irrisignação das associadas da agravante quanto a não se verem colocadas na posição de suportar incremento em suas obrigações que decorra de decisões judiciais nas quais não tenham sido parte.

Entretanto, muito embora vislumbre plausibilidade jurídica nas razões da agravante, não verifiquei nos fundamentos deduzidos no seu recurso fatos concretos que demonstrassem que a Administração (CCEE ou Aneel) tivesse concretamente transferido às Associadas da agravante o ônus das decisões judiciais proferidas em favor da Usina Santo Antonio.

Com efeito, do que se pode verificar do extrato das atas da 873ª e da 874ª reunião extraordinária do Conselho de Administração da CCEE, não pude retirar clara e expressamente que, no procedimento que se adotaria para o cumprimento das decisões judiciais relacionadas à Santo Antonio, a Administração de fato teria optado por “retirar energia dos demais geradores hidrelétricos”.

Não obstante o elevado conjunto de documentos juntados ao recurso, cumpre a parte delimitar e deduzir com clareza os fatos que servem de base à sua demanda, indicando também de forma específica os elementos de prova que sustentam as suas alegações.

De fato, no extrato da 873ª reunião extraordinária, expressamente apenas se refere a pedido de esclarecimento junto à Aneel. Já na 874ª reunião extraordinária, no extrato escolhido pelo próprio agravante apenas consta (cito):

“considerando o teor do Ofício nº 189/2016-DR/Aneel, de 10.06.2016, que esclareceu o procedimento a ser adotado para a adequada operacionalização da decisão judicial relativa ao agente SANTO ANTONIO (conforme deliberação 16.d da 873ª reunião do CAD), os conselheiros aprovaram o calendário atualizado do Aporte de Garantias Financeiras, Contabilização e Liquidação Financeira do Mercado de Curto Prazo – MCP e Liquidação de Penalidades, referente a maio/2016, originalmente previsto no comunicado CO 213/16, de 25.04.2016, conforme Deliberação 394 CAD 864ª. (Deliberação 577 CAD 874ª).” (grifamos)

Como se vê do referido extrato de reunião, apenas se retira a aprovação do “calendário atualizado do Aporte de Garantias Financeiras, Contabilização e Liquidação Financeira do Mercado de Curto Prazo – MCP e Liquidação de Penalidades, referente a maio/2016, originalmente previsto no comunicado CO 213/16, de 25.04.2016, conforme Deliberação 394 CAD 864ª”. (Deliberação 577 CAD 874ª).” (grifamos)

Em outras palavras, nada se retira das referidas atas, pelo menos dos extratos, que sequer sugira a transferência de ônus de decisões judiciais a quem quer que seja.

Isso considerado, determino seja intimada a agravante para que, aditando a petição do recurso, indique clara e concretamente quais decisões e/ou documentos expedidos pela CCEE ou Aneel que lhes tenham transferido o ônus das decisões judiciais proferidas em favor da Santo Antonio em relação ao FID.”

Pois bem. Depois de intimada, como se viu, a agravante veio aos autos, depois de aditar a petição do agravo, para juntar os documentos de fls. 1.126/1.157, extraído do site da CCEE, intitulado *‘decisões judiciais que resultaram em ajustes na contabilização do Mercado de Curto Prazo – MCP – operações relativas a maio/2016’*, especificamente o item 12.2, onde se verifica que a referida câmara, em atendimento à decisão proferida no Agravo de Instrumento 36475-62.2015.4.01.0000/DF, reportando-se à 873ª Reunião, determinou as providências para a operacionalização da referida decisão, demonstrando que, de fato, a Administração repassaria aos demais participantes do MRE os impactos das decisões favoráveis à Santo Antônio Energia S/A (cito):

[...] as providências para a operacionalização da decisão judicial estão descritas nas deliberações constantes da 873ª reunião do Conselho de Administração da CCEE, realizada em 07.06.2016.

Agentes impactados: Este ajuste impacta a crédito o agente Santo Antônio e a débito os demais agentes participantes do MRE. [...] (fl. 1126)

Resulta evidente, portanto, que as hidrelétricas não beneficiadas por liminares que suspendam ou limitem o FID são duplamente oneradas, uma vez que, além de arcar com os valores decorrentes da situação deficitária do MRE, devem ainda responder pelo déficit decorrente de decisões judiciais em processos em que sequer são partes.

Além disso, seria de fato discutível, à luz do art. 24 do Decreto 2.655/1998, que riscos de natureza não hidrológica pudessem ser assumidos pelo MRE.

Em casos tais, venho decidindo no sentido de que a empresa não pode suportar a consequência de decisões judiciais das quais não foi parte. Da mesma forma, é também evidente que os órgãos judiciais que concederam liminares para diminuir o aporte de garantia financeira de outras empresas não pretendiam que a Administração repassasse o débito para as empresas que, à semelhança das associadas da agravante, não obtiveram tais liminares.

Portanto, entendo plausível a irrisignação da agravante quanto as suas associadas não se verem colocadas na posição de suportarem incremento em suas obrigações que decorra de decisão judicial na qual não tenham sido parte.

Isso considerado, *defiro* a tutela de urgência pleiteada para determinar que as agravadas se abstenham de crescer à cota de aporte de garantia financeira, eventualmente devida pelas associadas da agravante, os valores decorrentes da decisão judicial que beneficiou a empresa Santo Antônio Energia S/A ao excluir ou diminuir o valor por elas devido, na proporção que possa repercutir nas suas obrigações (das associadas da agravante), exclusivamente em razão do indevido repasse aos geradores hidrelétricos dos ônus das liminares que tratam da aplicação do FID da UHE Santo Antônio. Esta decisão terá eficácia até julgamento final de mérito do presente agravo ou até que seja proferida sentença no feito principal.

(Agravo de Instrumento 0041059-41.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Néviton Guedes, e-DJF1 de 1º/08/2016, p. 1.254)

Agravo de Instrumento 0042378-44.2016.4.01.0000/DF

Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian

Agrava Santo André Planos de Assistência Médica Ltda. (Medical Health), com pedido de antecipação da pretensão recursal, da decisão do MM. Juízo Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da ação declaratória de nulidade de ato administrativo proposta por ela contra a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Proc. 39988-86.2016.4.01.3400, indeferiu o pedido de tutela de urgência para suspender a eficácia da Resolução Operacional ANS 2.039/2016, que determinou a alienação da carteira de beneficiários da agravante.

2. A decisão agravada, fulcra-se no que segue (fls. 630 a 647):

[...]

Não vislumbro a probabilidade do direito invocado.

Justo a cópia da importantíssima Nota 42/2016/CODIF/GERE/GGRE/DIOP/ANS, que referenciou o voto que conduziu a decisão colegiada consubstanciada na RO 2.039/16, ora impugnada, não foi juntada integralmente pela autora. Conforme se pode ver às fls.874/875, foram omitidas as folhas 958/960 do PA.

Embora esta falha inviabilize, em parte, o exame da motivação específica do ato impugnado, há outros documentos precedentes que permitem a este juízo ter uma visão mais ampla do caso sob exame.

Debruço-me, a seguir, nas peças do procedimento administrativo anexado à petição inicial.

O despacho administrativo inaugural do Regime Especial de Direção Fiscal imposto pela ANS à autora (DESPACHO 48/2015/GEAOP/GGAME/DIOPE – fls.952/953) traz um histórico relevante que foi omitido na petição inicial.

Consta de tal despacho que a DIOPE (Diretoria de Normas e Habilitação de Operadoras da ANS), diante das anormalidades econômico-financeiras graves da autora, já havia decidido, em 2014, com base em dados relativos ao 2º trimestre, pela extinção do plano de recuperação, pelo INDEFERIMENTO da AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO, pela ALIENAÇÃO DE CARTEIRA e também pelo CANCELAMENTO DO REGISTRO.

Ao contrário do afirmado pela autora, portanto, o ato ora impugnado não foi repentino, abrupto nem surpreendente, uma vez que vem sendo gestado no âmbito da ANS há pelo menos 2 anos.

[...]

Essa decisão, no entanto, foi reconsiderada pela ANS, diante do compromisso dos representantes da autora (Operadora Santo André), em apresentar um pacote de medidas saneadoras (conforme acordado em reunião realizada no dia 04.12.2014).

Foi assim então que a ANS, em agosto de 2015, submeteu a autora ao REGIME DE DIREÇÃO FISCAL, nomeando, para tanto, Luís Antônio da Silva para a função de Diretor Fiscal, cuja posse se deu em setembro de 2015.

Vê-se, ainda, do DESPACHO 48/2015, que a autora apresentava as seguintes anormalidades econômico-financeiras e administrativas graves, dentre outras, no segundo trimestre de 2014: 1) ausência de autorização de funcionamento e registro definitivo; 2) insuficiência da Margem de Solvência (R\$ 3,3 milhões/52,95%); 3) insuficiência de Ativos Garantidores Vinculados (R\$ 3 milhões/41%); 4) insuficiência de Lastro para Provisões Técnicas (R\$ 5,4 milhões/51%); 5) possível infração ao art.21 da Lei 9.656 (operação de mútuo com a rede credenciada).

Prossegue o despacho em exame informando que a gravidade da situação econômico-financeira da autora continuava presente no 4º trimestre de 2014: 1) Patrimônio Mínimo Ajustado (insuficiente à razão de 247%); 2) Margem de Solvência (insuficiente à razão de 125%); 3) Recursos Garantidores (insuficientes à razão de 45%).

Segundo o despacho administrativo em apreço, nada obstante as graves anormalidades, a ANS optou por reconsiderar a decisão anterior, franqueando nova oportunidade à autora, a fim de que as corrigisse, mediante o regime especial de direção fiscal (Resolução Operacional 1.885, de 27 de agosto de 2015).

Ao longo dos trabalhos desenvolvidos pelo Diretor Fiscal, no curso do regime especial em questão, foram emitidos cinco relatórios preliminares sucessivos (folhas iniciais: 1º RP/fl.979, 2º RP/fl.1078, 3º RP/fl.266, 4º RP/fl.344 e 5ºRP/fl.473).

Os relatórios preliminares foram precedidos das chamadas Instruções Diretivas (requisições de informações e documentos pelo Diretor Fiscal à autora) e são extremamente detalhados e fundamentados quanto à grave situação econômico-financeira e administrativa da autora, ao longo de 2015 e início de 2016.

O Relatório Final, acostado às fls.587/619, após examinar detalhada e fundamentadamente toda a situação econômico-financeira e administrativa da autora, concluiu que ela não acolheu os ajustes determinados, que as projeções econômico-financeiras apresentaram graves inconsistências e não demonstraram a reversão das anormalidades que ensejaram o regime fiscal e que, por fim, não se vislumbrava a efetividade das ações e metas apresentadas no Programa de Saneamento apresentado, razão por que o Diretor Fiscal, em 22 de fevereiro de 2016, rejeitou o referido programa e sugeriu a alienação compulsória da carteira de beneficiários, tudo seguido da medida mais adequada para a saída ordenada da autora do mercado de planos de saúde (com o cancelamento do registro ou a decretação da liquidação extrajudicial da operadora).

Tal relatório final foi integralmente ratificado pela NOTA 27/2016/CODIF/GERE/GGRE/DIOPE/ANS, elaborada por Especialista em Regulação, aprovada pelo Gerente-Geral de Regimes Especiais da ANS (fls.678/688) e chancelada pela Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras (DESPACHO 120/DIOPE/ANS, de 30.03.2016 - fl.773).

Na sequência dos trabalhos, a autora foi notificada para exercer sua defesa, prosseguindo-se com a confecção de relatórios de acompanhamento (nos moldes dos relatórios anteriormente referidos).

A autora apresentou sua defesa, com pedido de prazo adicional para apresentação de NOVO Programa de Saneamento, o qual foi indeferido, desta feita, pelo Diretor Fiscal, por não ter sido apresentado fato novo relevante, razão por que foi ratificada novamente a recomendação contida no Relatório Final.

Novo relatório de acompanhamento (2º RA – fls.773/819) foi emitido em abril de 2016 pelo Diretor Fiscal, ratificando pela enésima vez a aplicação da medida de alienação forçada da carteira de beneficiários.

A autora, nos autos do PA em exame, pediu novamente reconsideração, relatando dificuldades de acesso às razões da negativa do Diretor Fiscal, e que estaria contratando a empresa GDN para auxiliá-la na confecção de um novo plano de saneamento (em 19.04.16 – fls.810/814).

Tal manifestação foi recebida como recurso administrativo contra a decisão da DIOPE que indeferiu o pedido de apresentação de um novo plano de saneamento.

Tal recurso foi rejeitado, com base na NOTA 43/2016 (já referida anteriormente – cuja peça foi juntada de modo incompleto – fls.872/874), que foi acolhida integralmente pela DIOPE (VOTO 193/2016 – fl.875), tendo sido ratificada a decisão de indeferimento de novo prazo para apresentação de novo programa de saneamento, razão por que foi determinada a suspensão da comercialização de planos de saúde pela autora, além da alienação compulsória de sua carteira de beneficiários, no prazo de 30 dias (em 25.05.2016), o que foi aprovado pela Diretoria Colegiada da ANS, na reunião ordinária realizada em 01.06.2016, resultando na edição da Resolução Operacional – RO 2.039, de 10.06.2016.

Tanto o regime de direção fiscal quanto a medida de alienação de carteira, estão previstas no art.24 da Lei 9.656/1998, cujo teor é o seguinte:

[...]

Aparentemente, a ANS observou os comandos legais em apreço, seja na condução do regime especial imposto à autora, seja na aplicação da medida ora combatida.

Vê-se que a alegação da autora no sentido de que teria descumprido apenas normas econômico-financeiras meramente prudenciais não tem qualquer respaldo probatório.

[...]

Não faz, realmente, muito sentido, admitir-se que os títulos públicos referidos, cuja precificação sequer foi comprovada, serão aceitos para fins de compensação tributária, a fim de solver o passivo fiscal existente. Tal situação geralmente é extremamente complexa e duvidosa e não raro acaba desaguando no Poder Judiciário, sem muito sucesso, na grande maioria dos casos, seja pela falta de demonstração de cotação em bolsa, seja pela prescrição dos títulos.

Ademais, não foi claramente demonstrada a subsunção do art.1º, IV, da Lei 10.079/01 aos títulos públicos em questão.

Acrescento que sequer cópia das cártulas foram anexadas aos autos, a fim de se verificar sua natureza, tipo, datas de emissão/resgate etc.

O mesmo se diga com relação à anunciada venda de imóveis para viabilizar o aporte financeiro de, nada mais, nada menos, do que a incrível soma de 28 milhões de reais, num curto período para a concretização desse tipo de negócio (até novembro de 2017).

Irrepreensível, neste ponto, a recusa do Diretor Fiscal em trabalhar com essa proposta, diante de sua remota exequibilidade, haja vista a ausência de laudos de avaliação e de efetivas propostas de compra, principalmente num cenário de grave recessão econômica em que o Brasil se encontra atualmente.

De qualquer sorte, o que se esperava da autora era a apresentação de um plano sério de recuperação que ultrapasse a retórica e a especulação e fosse pragmática e efetiva, eis que desde 2014 seu grave quadro econômico-financeiro não se alterou.

[...]

No que toca, por fim, ao precedente do TRF1, favorável à Operadora UNIMED CENTRO-OESTE E TOCANTINS, não me parece que o mesmo seja aplicável no presente caso, principalmente porque não restou demonstrada a similitude fática necessária entre os casos comparados.

Além disso, não me parece prudente, neste momento, diante de tudo quanto restou consignado nesta decisão, e da absoluta ausência de prova técnica particular pré-produzida pela autora, arrostar a presunção de legitimidade, de legalidade e de veracidade do ato administrativo impugnado, invertendo-se, liminarmente, o ônus probatório que cabe à autora e que somente será cumprido, satisfatoriamente, em momento futuro e incerto, no curso deste processo judicial, com a produção da prova pericial apropriada.

[...]

3. Na petição de agravo, após expor todo o histórico do procedimento administrativo pertinente, afirma a recorrente que, nos termos do art. 300 do CPC/2015, basta a probabilidade do direito aliado ao perigo de dano ou risco do resultado útil do processo, alegando:

[...]

Ora, não se pode perquirir, no atual estágio do processo, no seu início, a comprovação cabal da existência certa do direito (até porque isto dependerá de prova). Fosse assim estar-se-ia falando em processo comum e cognição plena e exauriente; o que não é o caso neste momento.

Como se sabe, a medida de urgência requerida, analisada em sede de cognição sumária, clama pela probabilidade e não pela completude do direito invocado. A decisão ora atacada entendeu que não havia nem probabilidade, praticamente dizendo que inexistia norma jurídica que protegesse a Agravante; o que não procede, data máxima vênia.

Ora, após o processamento do feito, com ampla produção probatória, inclusive pericial, é que será possível aferir a existência plena do direito invocado ou não. Todavia, o processamento há de ser feito com a suspensão dos efeitos da Resolução que determinou a alienação da carteira! Deduzir de modo diferente seria inverter os requisitos legais que permitem a concessão da tutela de urgência.

Assim, as razões de decidir da interlocutória expuseram uma cognição exauriente que serve de base (ou não), a depender da prova que será produzida – para uma futura sentença, ato terminativo do feito. Ora, no limiar do processo, o enfoque é outro, voltando à cognição meramente sumária, que diante do perigo da demora e da probabilidade do direito, leva à concessão da tutela que protege de modo provisório a parte.

[...]

4. Outrossim, aduz que:

[...]

Conforme inicialmente tangenciado acima, um dos requisitos cumulativos que autorizam a Agravada a decretar a alienação compulsória da carteira de beneficiários de um plano de saúde consiste no risco assistencial, ou, na dicção legal, no risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde.

Conforme o próprio art. 24, da Lei 9656/98, aponta, a regularidade assistencial, quando colocada em dúvida, pode ser acompanhada e aferida tecnicamente no bojo de um regime especial de direção técnica, regulado no plano infralegal pela Resolução Normativa n. 256, de 18 de maio de 2011.

Importa ressaltar que, conforme anteriormente informado, a Agravante encontra-se sob a égide de um regime de direção técnica, sendo certo que, no bojo do respectivo processo administrativo, ainda em curso, não foi apresentado pela Agravada qualquer elemento que demonstrasse qualquer risco assistencial, mínimo que seja.

Aliás, quanto a este particular, importante consignar que a Agravante conta com uma média de 4 a 5 reclamações abertas por mês por beneficiários junto à ANS, narrando eventuais e supostos “problemas” assistenciais, número que se revela ínfimo no contexto de quase 60 mil vidas sob sua assistência,

Some-se a isso, as diversas cartas/declarações anexadas à inicial, por parte de médicos, laboratórios, hospitais e demais prestadores de serviço que integram a rede credenciada da Agravante, que exemplificam à satisfação, a continuidade sem sobressaltos da assistência fornecida aos beneficiários; cartas que atestam, ainda, e isso é muito relevante, que tais prestadores de serviço nada têm a reclamar em relação à operadora quanto a eventuais recebíveis vencidos.

Em outras palavras: a Agravante não possui débitos com a sua rede credenciada. Este fato não foi sopesado e até desprezado pela decisão interlocutória, com a devida vênia. Aqui, novamente, se apresenta clara a probabilidade do direito clamado, que merece proteção urgente e antecipatória.

Quanto à questão da regularidade assistencial, suficiente para conformar a nulidade do ato administrativo atacado, importa observar que a Agravante juntou aos autos em oportunidade anterior à apreciação do pedido de tutela de urgência

pelo Juízo de piso, Ofício da lavra da Agravada (anexo), que tem por assunto "Acompanhamento de Avaliação de garantia de Atendimento – Comunicado de Resultado da Operadora – Reativação Total", pelo qual a Agravada informa a progressiva melhora da autora no quesito assistencial, liberando completamente a comercialização de seus produtos.

[...]

5. Insiste, ainda, quanto à ilegalidade no que se refere à questão econômico-financeira, com ofensa ao princípio da proporcionalidade. Aponta desvio de finalidade no ato impugnado no feito principal.

6. A agravante junta cópia integral do feito principal e outros documentos, às fls. 40 a 947.

7. Relatado, decido.

8. Quanto à existência de grave risco de dano, não há como negar tal certeza, pois uma vez alienada a carteira, a agravante desaparecerá do mundo de negócios, vale dizer será o verdadeiro óbito da pessoa jurídica, totalmente sem resultado prático qualquer decisão final porventura favorável na ação principal, mormente em face do § 5º do art. 24 da Lei 9.656/1998, que autoriza a própria agência agravada a promover alienação.

9. Quanto à presença da probabilidade de procedência do direito que se busca no feito principal, verifico às fls 622-623 dos autos o teor do ofício Presi 415/ANS/2016, datado de 03/06/2016, uma semana antes da RO 2039, de 10/06/2016, onde a ANS determinou a alienação da carteira da agravante (fl. 605), ambos assinados pelo DD. presidente da ANS, o seguinte.

[...]

2. Comunico que, com o acompanhamento e avaliação contínuos desta operadora, a ANS detectou que, após aplicados os critérios normativos, considerada a soma dos resultados dos dois períodos consecutivos em análise, 4º Trim.- 2015 e 1º Trim.- 2016, referidos em epígrafe, esta operadora apresentou melhora, na forma do normativo, em sua avaliação em relação aos dois períodos anteriores, 3º Trim.- 2015 e 4º Trim.- 2015, também em referência.

3. Com esta melhora, a operadora pode recuperar o direito de comercialização do(s) produto(s) que estavam com a comercialização suspensa a partir do dia 10 de junho de 2016, desde que o(s) mesmo(s) não esteja(m) com a comercialização suspensa por outro motivo.

4. Portanto, antes de retomar a comercialização do(s) plano(s), a operadora deverá verificar no sítio da ANS a situação de comercialização do(s) plano(s) e, só poderá fazê-lo caso o(s) mesmo(s) conste(m) como Ativo(s).

5. Ressalto, ainda, que este monitoramento é contínuo e novas ocorrências reiteradas de reclamações assistenciais poderão ser consideradas, na forma da Instrução Normativa da Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos (IN/DIPRO) nº 48, de 10 de setembro de 2015, risco à qualidade ou à continuidade do atendimento à saúde dos beneficiários. Isso poderá sujeitar esta operadora às medidas cautelares previstas na RN nº 259, de 2011, sem prejuízo da aplicação de medidas sancionatórias cabíveis.

[...]

10. Vê-se, portanto, que, pelo mesmo em tese, não pode a situação, em uma semana, ter regredido, período em que não ocorrera avaliação.

11. Ademais, o § 5º, *in fine*, do art. 24 da Lei 9.656/1998 é de clareza ímpar quando justifica a alienação em apenas duas hipóteses, as medidas para sanar irregularidades ou que impliquem risco para os consumidores participantes da carteira, fatos cuja probabilidade de não ocorrerem é bastante viável em face do citado ofício reconhecendo a melhora do desempenho da agravante, com recomendação até de possibilidade de reinício ou recuperação do direito de comercialização de novos planos.

12. Finalmente, em situação similar, esta 6ª Turma, no AI 0072764-62.2013.4.01.0000/DF, já decidiu, em acórdão, no mesmo sentido do pleito, conforme ementa abaixo (fl. 163):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. ANOMALIAS DE ORDEM ECONÔMICO-FINANCEIRA. DETERMINAÇÃO DE ALIENAÇÃO DA CARTEIRA DE USUÁRIOS PELA ANS. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. RAZOABILIDADE DE SE AGUARDAR O PRONUNCIAMENTO DE MÉRITO SOBRE A MATÉRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. O art. 24, §5º, da Lei nº 9.656/98, estabelece o prazo máximo de noventa dias para a alienação da carteira das operadoras de planos privados de assistência à saúde, caso não surtam efeitos as medidas determinadas pela ANS para sanar anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves.

2. Na hipótese, a Ata da 378ª Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada da ANS (fls. 49/142 dos autos digitais), em que consta a determinação de alienação compulsória da carteira de usuários da Agravante, data de 26/06/2013, tendo sido extrapolado em muito o prazo máximo de noventa dias estabelecido pela Lei nº 9.656/98.

3. A determinação de alienação da carteira de usuários de uma operadora alarga sua situação de dificuldade financeira, haja vista causar uma migração de usuários para outros planos de saúde. Além disso, a demora no procedimento de alienação faz recrudescer danos, posto que, quanto mais tempo se passa, maior a redução do número de clientes, o que desvaloriza o que arrecadaria a operadora com a alienação da sua carteira.

4. A agravante alega que, a despeito de ter passado por dificuldades financeiras, vem recuperando seu equilíbrio, e que, em momento algum, as referidas dificuldades apresentaram-se irreversíveis a ponto de justificar a medida extrema de alienação de sua carteira de usuários, o que acarretaria sua dissolução.

5. A análise da regularidade da determinação de alienação da carteira de usuários da Agravante perpassa, obrigatoriamente, pela produção de prova técnica acerca das condições econômico-financeiras da operadora.

6. No caso, foi informado nos autos que já foi produzido laudo pericial contábil a fim de avaliar a higidez econômico-financeira da agravante, restando a prova, todavia, pendente de apreciação pelo d. Juízo de base.

7. Considerando a gravidade da medida determinada pela ANS, de consequências irreversíveis para a recorrente, é razoável que se aguarde o pronunciamento do Juízo de mérito em primeira instância, que exaurirá a matéria com mais proficiência, mormente em face da prova pericial produzida.

8. Agravo de instrumento a que se dá provimento, para determinar que seja suspensa a ordem de alienação da carteira de usuários da Agravante, até a sentença.

Pelo exposto, *defiro* o pedido de antecipação de tutela da pretensão recursal e suspendo os efeitos do item 1º da Resolução Operacional 2.039/ANS, de 10 de junho de 2016, alienação da carteira de beneficiários, até o julgamento deste agravo ou até proferida sentença no feito principal, o que ocorrer primeiro.

(Agravo de Instrumento 0042378-44.2016.4.01.0000/DF, rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, e-DJF1 de 05/08/2016, p. 1.621)

Agravo de Instrumento 0040647-13.2016.4.01.0000/AM

Relator: Desembargador Federal Carlos Augusto Pires Brandão

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo proposto pela União em face de decisão interlocutória proferida pela Vara Federal da Subseção Judiciária de Tabatinga – Amazonas, que deferiu tutela de urgência para determinar à agravante a implantação imediata de indenização prevista na Lei 12.855/2013 a todos os servidores da Polícia Federal, Receita Federal do Brasil, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e Ministério do Trabalho que efetivamente exercem as suas funções no Município de Tabatinga/AM.

Narra o agravante que o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública visando, à implantação de indenização prevista na Lei 12.855/2013 (indenização de fronteira) a todos os servidores da Polícia Federal, Receita Federal do Brasil, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e Ministério do Trabalho que efetivamente exercem as suas funções no Município de Tabatinga/AM.

O juízo *a quo* deferiu a tutela de urgência pleiteada, o que motivou o presente agravo, em que se alega, basicamente: a) a vedação legal à tutela em face do esgotamento do objeto da lide; b) ausência dos requisitos da tutela de urgência; c) ausência de norma regulamentadora da verba prevista na Lei 12.855/2013.

É o relatório.

Tutela provisória no CPC/2015

O art. 294 do CPC/2015 preceitua que “A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.” A tutela provisória de urgência, por sua vez, subdivide-se em *tutela antecipada* e *tutela cautelar*. A distinção entre ambas lastreia-se na ideia de que a tutela cautelar *assegura/resguarda o resultado útil do processo*, enquanto a tutela antecipada *satisfaz o direito da parte no plano fenomênico dos fatos da vida* [Humberto Theodoro Junior: *O processo civil brasileiro* no limiar do novo século, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 89; Cândido Rangel Dinamarco: *A reforma*

da reforma, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 140-141; Araken de Assis: Antecipação de tutela. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (Org.) Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo, RT, 1999, pp. 15-17].

Contudo, a complexidade das lides cotidianas mostrou que essa diferenciação não tem contornos precisos, pois em ambas as tutelas existem elementos de *garantia* e de *satisfação*. Por essa razão, o legislador do CPC/2015 consolidou a ideia de fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, enquadrando-as como espécies do mesmo gênero, qual seja, a *tutela provisória de urgência*.

Feitos esses breves esclarecimentos, os requisitos para a concessão da tutela provisória de urgência estão inscritos no art. 300: a) probabilidade do direito e; b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Tutela provisória em face da Fazenda Pública

Ao lado dos supra mencionados requisitos, o art. 1.056 do CPC/2015 prescreve que “À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009.”

Nesse passo, a Lei 8.437/1992 dispõe o seguinte:

Art. 1º. Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

[...] § 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

Por sua vez, a Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009) prevê expressamente no art. 7º, § 2º, a seguinte vedação:

“Art. 7º. [...]”

§ 2º. Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”.

Do perigo de dano inverso para a Fazenda Pública

No caso dos autos, a tutela de urgência esgotou, em sua inteireza, o próprio objeto da ação principal, o que enseja *perigo de dano inverso para a Fazenda Pública*. Com efeito, o § 3º do art. 300 do novo CPC estipula que “A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidades dos efeitos da decisão”.

Explica-se.

A Lei 12.855/2013 instituiu o *adicional de localização estratégica*: verba indenizatória a ser paga a ocupante de cargo efetivo das carreiras e planos especiais de cargos que especifica, em exercícios nas unidades situadas em localidades estratégicas, vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços. Contudo, o § 2º do art. 1º da referida norma preceitua que tal verba indenizatória precisa ser regulamentada pelo Poder Executivo e até o momento inexistente tal disciplina legal.

O Poder Judiciário, que não tem função legislativa, não pode conceder o adicional de localização estratégica. Nessa toada, deve-se respeitar o enunciado da Súmula Vinculante 37 do STF: “*Não cabe do Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o pretexto de isonomia*”.

Em juízo de cognição sumária, percebe-se que o tema da falta de regulamentação do adicional de localização estratégica já foi enfrentado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, consoante os precedentes abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. INDENIZAÇÃO POR EXERCÍCIO EM UNIDADES SITUADAS EM LOCALIDADES ESTRATÉGICAS, VINCULADAS À PREVENÇÃO, CONTROLE, FISCALIZAÇÃO E REPRESSÃO DOS DELITOS TRANSFRONTEIRIÇOS. LEI 12.855/2013. REGULAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA.

1. A indenização prevista na Lei 12.855/2013 ainda depende de regulamentação pelo Poder Executivo, de modo que não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, fixar o rol de servidores que a ela farão jus nem atribuir-lhes vantagem ou indenização correlatas.

2. Da leitura dos dispositivos infraconstitucionais, observa-se que o legislador derivado decorrente estabeleceu de forma expressa que a concessão do benefício aos servidores públicos depende de regulamentação, evidenciado, assim, o caráter de norma de eficácia limitada, porquanto a concessão da referida vantagem aos servidores dependente de regulamentação.

3. 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”.

4. Desse modo, não prospera a pretensão autoral, tendo em vista a inexistência no âmbito do Poder Executivo de norma regulamentadora do direito. Reconhecer a sua extensão implicaria 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”. Nesse sentido: REsp 1.495.287/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 7/5/2015.

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 826.658/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 25/05/2016) [Grifo nosso].

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ADICIONAL DE LOCALIDADES ESTRATÉGICAS. LEI N. 12.855, DE 2013. REGULAMENTAÇÃO INEXISTENTE. IMPOSSIBILIDADE DE SUA IMPLEMENTAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. SÚMULA VINCULANTE N. 37. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INDEVIDA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO.

1. A Lei n. 12.855, de 2013, ao instituir a indenização devida aos ocupantes dos cargos que menciona pelo exercício nas unidades situadas em localidades estratégicas, vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços, determinou que as localidades estratégicas de que trata o caput serão definidas em ato do Poder Executivo, por Município, considerando-se a localização do município em região de fronteira e a dificuldade de fixação de efetivo, cf. art. 2º e inciso.

2. A Constituição de 1988 dispõe sobre o poder regulamentar em seu art. 84, inciso IV, conferindo ao Presidente da República a competência privativa para sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

3. 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 seus efeitos pendentes até a expedição do ato do Executivo. (*Direito Administrativo Brasileiro*, RT, 14ª ed., 1989, p. 108)

4. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia (Súmula Vinculante n. 37, na mesma dicção da Súmula 339).

5. Sem a regulamentação, o adicional de que trata a Lei n. 12.855, de 2013, é indevido.

[...]

9. Apelação e remessa oficial providas.

(AC 0000885-34.2015.4.01.4200/RR, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA, PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 de 13/04/2016.)

Assim, falta plausibilidade jurídica à pretensão deduzida pelo agravado, razão pela qual a manutenção da tutela de urgência ensejaria graves prejuízos ao Erário Público: as verbas alimentares percebidas pelos servidores beneficiados dificilmente seriam restituídas aos cofres públicos em face dos princípios da boa-fé e da irrepetibilidade das verbas alimentares.

Ante o exposto, defiro efeito suspensivo ao agravo, para os fins de sustar os efeitos da decisão que determinou à União a implantação da indenização prevista na Lei 12.855/2013 (adicional de localização estratégica).

(AG 0040647-13.2016.4.01.0000, rel. Des. Federal Carlos Augusto Pires Brandão, e-DJF1 de 10/08/2016, p. 827)



Administrativo. Militar. Valor da ajuda de custo. Medida Provisória 2215-10/2001. Portarias R-260/GC6 e R-327/GC3. Integralidade da remuneração. Dependente. Efetivo acompanhamento. Necessidade. Pedido de uniformização provido.

I. Nos termos do art. 3º, XI, *a*, da MP 2.215/2001, a ajuda de custo é direito pecuniário devido ao militar, pago adiantadamente, conforme regulamentação, e destina-se ao custeio das despesas de locomoção e instalação, exceto as de transporte, nas movimentações com mudança de sede. Não havendo efetivo deslocamento de dependentes, não é devido seu pagamento, de acordo com o anexo IV, tabela I, *e*, da aludida medida provisória.

II. Desse modo, as Portarias R-260/GC6 e R-327/GC3 — ao estipularem que o militar teria direito à ajuda de custo no valor da remuneração integral apenas nas comissões em que fosse efetivamente acompanhado de dependentes — não afrontam a Medida Provisória 2.215/2001 ou extrapolam o poder regulamentar conferido pela lei à Administração.

III. Vale destacar que a revogação da Portaria R-327/GC3 pela Portaria 1.005/GC6, de 31/08/2005, não produz efeitos retroativos. Ademais, tratando-se de norma infralegal, não pode interpretar medida com força de lei em sentido diverso dos seus próprios termos.

IV. Na hipótese dos autos, de acordo com os documentos de fls. 53-56, os deslocamentos do autor fora da sede, ambos com duração de 28 dias, ocorreram no período de vigência da Portaria R-327/GC3, de 10/07/2003, não havendo nos autos comprovação de que seus dependentes o acompanharam nas movimentações.

V. Logo, conclui-se que a ré efetuou corretamente o pagamento da verba em questão, que deve corresponder à metade da remuneração na ida e a outra metade na volta, conforme estabelecido nas alíneas *c* e *e* da Tabela I do Anexo IV da MP 2.215-10/2001.

VI. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “[...] Definindo a Medida Provisória 2.215/2001 a ajuda de custo como o direito pecuniário devido ao militar para custeio de despesas de locomoção e instalação, não há falar em ilegalidade ou desproporcionalidade das Portarias da Aeronáutica que previam o pagamento integral do benefício apenas aos militares que tivessem sido acompanhados em missão por dependente, por terem gastos maiores dos que os daqueles que se deslocam e se instalam sem dependentes.” (REsp 1145001/RS, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012.)

VII. Igualmente, a TNU, no julgamento do Pedilef 200884005040566, firmou a tese de que para o militar fazer jus ao recebimento de ajuda de custo no valor integral da remuneração em face de afastamento é necessária a comprovação de deslocamento do(s) dependente(s).

VIII. Registra-se, por fim, que esta TRU da 1ª Região tem adotado entendimento idêntico ao dos julgados supracitados, *v.g.*, nos Pedidos de Uniformização 200836520074013 e 494694320074013.

IX. Ante o exposto, dou provimento ao pedido de uniformização para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Sem custas ou honorários nos termos do art. 55 da Lei 9.099/1995.

(Pedilef 0056546-17.2008.4.01.3400/DF, rel. Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende, unânime, *e-DJF1* de 15/07/2016, p. 744)

Administrativo. Servidor público. GDPST. Gratificação de desempenho da carreira da previdência, da saúde e do trabalho. Isonomia entre os servidores inativos no mesmo percentual dos servidores ativos. Termo final. Homologação do resultado da primeira avaliação de desempenho. Pedido de uniformização provido.

I. O § 10 do art. 5º-B da Lei 11.355/2006, incluído pela Lei 11.907/2009, estabeleceu que o resultado da primeira avaliação relativa à GDPST geraria efeitos financeiros a partir da data de publicação dos critérios e procedimentos específicos de avaliação de desempenho individual e institucional, o que ocorreu, no âmbito do Ministério da Saúde, com a edição da Portaria 3.627/2010, publicada em 22/11/2010.

II. Todavia, o Plenário do STF, por meio do RE 631.880/CE (submetido ao regime da repercussão geral), assentou a tese de que é compatível com a Constituição a extensão, aos servidores públicos inativos, dos critérios de cálculo da GDPST estabelecidos para os servidores públicos em atividade até a conclusão do primeiro ciclo de avaliação de desempenho.

III. Desse modo, conquanto sua criação tenha por escopo a consideração individualizada da atividade do servidor, a Gratificação de Desempenho da Carreira da Previdência, Saúde e Trabalho – GDPST deve ser deferida aos inativos no montante correspondente a 80 pontos até a homologação dos resultados do primeiro ciclo de avaliação de desempenho, não sendo concebível a edição de norma apta a avaliar retroativamente as atividades desenvolvidas pelos servidores da ativa.

IV. No mesmo sentido, a Turma Nacional de Uniformização – TNU, ao analisar pedidos de uniformização em que se discutia qual o termo final para pagamento de gratificações de desempenho aos inativos, firmou a tese de que a percepção deve ter como marco limite a conclusão do primeiro ciclo de avaliação individual/institucional de desempenho, assim entendido o momento da homologação do primeiro ciclo de avaliação. Precedente: Pedilef 05001675520134059820, Juiz Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá, TNU, *DOU* 24/04/2015.

V. Pedido de uniformização conhecido e provido para determinar que a percepção das diferenças relativas à GDPST pelos inativos seja limitada ao processamento dos resultados da primeira avaliação individual/institucional de desempenho, assim entendido o momento da homologação do primeiro ciclo de avaliação.

(Pedilef 0002929-48.2013.4.01.3504/GO, rel. Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende, unânime, *e-DJF1* de 08/07/2016, p. 3.538)

Previdenciário. Auxílio-doença. Nulidade de acórdão. Ausência de comprovação de divergência neste ponto. Recebimento concomitante de benefício por incapacidade com remuneração de trabalho. Súmula 72 da TNU. Incapacidade comprovada. Caso em que o exercício de atividade remunerada não obsta, por si só, o direito à percepção do auxílio-doença. Pedido de uniformização conhecido em parte e, no mérito, desprovido.

I. Em relação à questão da nulidade do acórdão, verifica-se que o art. 14, § 1º, da Lei 10.259/2001, e o art. 86, parágrafo único, da Resolução Presi 17, de 19 de setembro de 2014, determinam que caberá incidente de uniformização de jurisprudência diante de decisões divergentes entre turmas recursais da mesma região, exigindo a prova da divergência com cópia dos julgados divergentes. No presente caso, e quanto a este aspecto, o INSS não apresentou paradigma divergente para demonstrar a permissão de anulação de acórdão por negativa de prestação jurisdicional. Nesse ponto, não conheço o recurso.

II. Quanto à questão de direito material conhecida, a Turma Nacional de Uniformização tem posicionamento consolidado no sentido de que “É possível o recebimento de benefício por incapacidade durante período em que houve exercício de atividade remunerada quando comprovado que o segurado estava incapaz para as atividades habituais na época em que trabalhou” (Súmula 72).

III. No caso concreto, o exercício de atividade remunerada pela autora no período da incapacidade não gera óbice ao pagamento do benefício pleiteado, sendo incontroverso o fato de que durante o período em que esteve no exercício de atividade remunerada já se encontrava incapaz para o desempenho de suas atividades laborais.

IV. Logo, entendo que não deve prosperar a alegação do recorrente no sentido de que não há qualquer obrigação do INSS em relação ao pagamento dos atrasados nos períodos em que a parte-autora recebeu remuneração, porquanto o segurado, ainda que incapacitado, precisa se manter durante o longo período em que é obrigado a aguardar a implantação do benefício, dada a própria necessidade de sobrevivência.

V. Pedido de uniformização conhecido em parte e, na parte conhecida, desprovido.

(Pedilef 0041655-88.2008.401.3400, rel. Juiz Federal Guilherme Fabiano Julien de Rezende, maioria, *e-DJF1* de 22/07/2016, p. 4.498)

Repositórios Oficiais de Jurisprudência publicados de acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997

- Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- Editora Fórum: *Fórum Administrativo e Interesse Público*;
- Editora Forense: *Revista Forense*;
- Editora LTR: *Revista de Previdência Social – RPS*;
- Editora Revista dos Tribunais: *Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas*;
- Editora Plenum: *Revista Juris Plenum*;
- Associação Paulista de Estudos Tributários: *Revista de Direito Tributário da APET*;
- Editora IOB Thompson/Síntese: *Repertório de Jurisprudência IOB Civil, Processual, Penal e Comercial; Repertório de Jurisprudência IOB Trabalhista e Previdenciário; Repertório de Jurisprudência IOB Tributário, Constitucional e Administrativo; Direito Público; Jusis Síntese DVD; Revista de Estudos Tributários; Revista Direito Aduaneiro Marítimo e Portuário; Revista Jurídica/RS; Revista Síntese Administração de Pessoal e Previdência do Agente Público; Revista Síntese Direito Administrativo; Revista Síntese Direito Ambiental; Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil; Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal; Revista Síntese Licitações Contratos e Convênios; Revista Síntese Responsabilidade Pública; Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária.*



Instruções Editoriais

- A Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem como objetivo divulgar acórdãos e decisões monocráticas dos órgãos julgadores e dos Juizados Especiais Federais da 1ª Região, bem como publicar artigos especializados de autores do meio jurídico, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Elaboração dos trabalhos

- Os artigos doutrinários devem ser apresentados da seguinte forma: fonte *Times New Roman*, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e configurados em folha A4, títulos e subtítulos destacados do corpo do texto; nome completo do autor logo abaixo do título e sua qualificação e títulos em nota de rodapé da primeira página; utilização somente de itálico para realçar palavras ou expressões, em lugar de negrito ou sublinhado. Devem conter necessariamente um tópico de introdução e outro de conclusão; resumo e palavras-chave na língua do texto; e no mínimo três e no máximo trinta laudas. As referências e citações devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, NBR 6023 e 10520.
- A Revista do TRF 1ª Região não altera o estilo nem a estrutura gramatical dos originais, reservando-se o direito de corrigir erros tipográficos evidentes e proceder à padronização conforme projeto editorial próprio. A revisão textual é realizada quando autorizada pelo autor, responsável pelo conteúdo do trabalho.
- As exceções serão analisadas pela autoridade competente.
- Ao autor serão fornecidos três exemplares da Revista.
- Eventuais dúvidas poderão ser dirimidas por meio dos telefones 3410-3574 e 3410-3571 ou pelo *e-mail* cojud-revista@trf1.jus.br.

Submissão e encaminhamento de artigos

- Os trabalhos devem ser preferencialmente inéditos (exceto os publicados somente por meio eletrônico). Esses não devem infringir norma ética, respeitando as normas gerais que regem os direitos do autor.
- A remessa ou publicação dos trabalhos não implica remuneração de seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorre de juízo de oportunidade da Revista do TRF 1ª Região.
- As opiniões emitidas, assim como a exatidão, a adequação e a procedência das referências e das citações bibliográficas são de exclusiva responsabilidade dos autores. A Revista não publica trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional, nem material que possa ser considerado ofensivo ou difamatório.
- Os trabalhos devem ser encaminhados ao *e-mail* cojud-revista@trf1.jus.br ou ao endereço: TRF 1ª Região – Seção de Apoio ao Gabinete da Revista/Cojud – SAS Sul, Quadra 1, Bloco C, Ed. Anexo I, Sala 110 – CEP 70.096-900 – Brasília/DF. A folha de rosto deve ser identificada com título do artigo em português (preferencialmente até oito palavras) e nome completo, titularidade, endereço, telefone e *e-mail* do autor.

